

رفع

عبد الرحمن الجري
الله (الله) الفوز

بِحُوثٍ فِي فِقْهِ

الْمُعَامَالَاتِ الْمَلِيَّةِ الْمُعَاصِرَةِ

تأليف
الدكتور علي محيي الدين علي القره داغي

أستاذ ورئيس قسم الفقه والوصول بكلية التربية والعلوم - جامعة قطر
عضو الفقه والاقتصاديات بجامعة الفقهاء بدمشق - بكلة المدرسة - رئيسة
عرض إمام المساجد في بيروت، والجورنال

دارالبيشة الإسلامية

رَفْعٌ

بِعِنْ الرَّحْمَنِ (الْخَيْرِيٌّ)
أُسْكَنَهُ اللَّهُ (الْفَرِودُ كُلُّهُ)

بِحُجُوثٍ فِي فِقْهِ

الْمُعَامَلَاتِ بِكَالِهِ الْمُعَاصِرِ

جَمِيعُ الْحُقُوقِ مَحْفُوظَةٌ

الطَّبْعَةُ الْأُولَى

م. ٢٠٠١ - ١٤٤٢

دَارُ الْبَشَّارِ الْإِسْلَامِيَّةِ

لِلطبَاعَةِ وَالشَّرْقِ وَالْقَرْبَى هَافَنْ: ٧٠٢٨٥٧ - فَاكس: ٩٦١١/٢٠٤٩٦٣

e-mail:

بَيْرُوْت - لِبَنَانُ صَفَّ: ١٤/٥٩٥٥ bashaer@cyberia.net.lb

رَفِعٌ

عبد الرحمن الحبشي
أكمل الله إرادة

بِحُوتٍ فِي فِقْهِ

الْمُعَاكِلَاتُ الْمَالِيَّةُ الْمُعَاصِرَةُ

تألِيفُ

الدكتور علي محيي الدين علي القره داغي

أستاذ ورئيس قسم الفقه والأصول بجامعة الشريعة والقانون - جامعة قطر
وخبير الفقه والاقتصاد الإسلامي بمجمع الفقه الإسلامي - بحثة المدرسة - وجدة
وعضوا مجلس الأئمّة في دينقاو والبرت

دارالبيشة الإسلامية

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

رَبُّ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
عَبْدُ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْأَسْلَمُ لِلَّهِ لِلْمُرْسَلِينَ
الْمَقْدَمَةُ

الحمدُ للَّهِ ربِّ العالمينِ، والصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى المَبْعُوثِ رَحْمَةً
لِلعالمينِ مُحَمَّدًا وَعَلَى آلهِ وَصَحْبِهِ وَمَنْ تَبَعَ هَذَا إِلَى يَوْمِ الدِّينِ، يَوْمَ لَا يَنْفَعُ
مَالٌ وَلَا بَنْوَنٌ إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقُلْبٍ سَلِيمٍ.

وبعد، فهذه مجموعة من البحوث في مجموعة من القضايا المالية
المعاصرة قدمت إلى المجامع الفقهية، والمؤتمرات والندوات والحلقات
الفقهية والاقتصادية خلال أكثر من عشرة أعوام، تتضمن الم الموضوعات
التالية:

- ١ - الزكاة والضريبة في الفقه الإسلامي والقانون.
- ٢ - حديث: «لَا تَبْعَدْ مَا لَيْسَ عَنْكَ»، سنته وفقهه، دراسة تحليلية.
- ٣ - عقد الاستصناع بين الاتّباع والاستقلال، واللزوم والجواز.
- ٤ - أحكام التصرُّف في الديون، دراسة فقهية مقارنة.
- ٥ - التأمين على الحياة والضوابط الشرعية لعقوده.
- ٦ - أحاديث النهي عن صفقتين في صفقة واحدة سندها ومتناها
وفقهها، دراسة تحليلية.

٧ — الحقوق المعنوية وتطبيقاتها المعاصرة والتصرُّف فيها و Zakatها ، دراسة فقهية تأصيلية .

وهي من أهم البحوث التي تتضمنها هذه المجموعة ، وهي تعالج عدداً من القضايا المعاصرة والمستجدات التي تحتاج إلى اجتهادات نابعة من النصوص الشرعية ، ومن مقاصدها ، ومما يمكن أن تسعننا به أقوال علمائنا السابقين ؛ وقد بذلت فيها جهوداً بقدر طاقتى ، سائلاً الله تعالى أن يتقبلها مني بقبول حسن وأن ينفع بها المسلمين ، وأآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

كتبه

الدكتور علي محيي الدين علي القره داغي

الدوحة

رُفْعَ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الزَّكَاةُ وَالضَّرِيَّةُ

تمهيد :

مما لا شك فيه أن نظام الزكاة في الإسلام أهم نظام مالي يؤدي إلى خلق توازن بين طبقات المجتمع، فلا يزداد الغني غنىً ولا الفقر فقرًا، بل يجعل المال دولة بين الجميع، ويؤخذ من الغني ليعطى إلى الفقير حتى يكون لديه حد الكفاية وال الحاجة؛ فيعيش الجميع في ظل أمن وآمان وحب ووئام، بعيدًا عن الحقد والبغض والحسد والشحنة؛ ليصبحوا كجسد واحد إذا اشتكت منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى، إضافة إلى أن الزكاة عبادة وقربة إلى الله تعالى وأجر ومتوبة عنده يوم القيمة، وتزكية للنفس، وتطهير من أدرانها وصلة وسكينة.

غير أن الزكاة هي الركن الواجب الأساسي والقاعدة العامة للعلاقات المالية بين المسلمين؛ بحيث يؤدي أداؤها وتوزيعها بالشكل المطلوب إلى القضاء على آثار الفقر المدقع والمجاعة والمشاكل المالية التي يعاني منها كثير من المجتمعات البشرية، ولكنها على الرغم من أهميتها ليست هي كل النظام المالي الإسلامي ولا الحق الوحيد في المال، وإنما يوجد في المال حقوق مالية أخرى كحقوق النفقة، والكافارات ونحوها، بل إن فيه حقًا سوى الزكاة ولا سيما عند الأزمات والشدائد حيث أعطى الإسلام الحق لولي الأمر الحق في فرض حق آخر سوى الزكاة عند الحاجة وبضوابط شرعية.

فبحثنا يبحث عن هذا الحق الذي يسمى في الأنظمة الوضعية بالضريبة التي هي يراد بها حق الدولة في فرض قدر من المال حتى تستطيع الوفاء بالدفاع وتقديم الخدمات ونحوها كما سيأتي، إضافة إلى الإنفاق الطوعي الذي دعا إليه الإسلام وسماه قرضاً مع الله فيضاعفه أضعافاً مضاعفة.

والسؤال الذي يجيب عنه هذا البحث: هل تستطيع الدولة الإسلامية فرض الضرائب بجانب الزكاة؟ وما هي العلاقة بينها وبين الزكاة؟ وما هي الفروق الجوهرية بين النظامين من حيث المصرف، والأسس النظرية والوعاء، ومبادئ العدالة؟ وهل يمكن خصم الضريبة عن الزكاة في ظل ظروفنا الحالية؟ وهل يمكن وضع نظام ضريبي يغني عن الزكاة؟ ونحو ذلك ..

وقد تبنت الهيئة العالمية للزكاة بالكويت مشكورة عدة ندوات حول هذا النظام المالي الإسلامي (الزكاة) وخصصت جزءاً من ندوتها الرابعة للبحث عن الزكاة والضريبة، وطلبت مني بحث هذا الموضوع، وهأنذا أقدم بحثي المتواضع إلى الندوة الموقرة متذرعاً عن أوجه القصور، سائلاً الله تعالى أن يسدد خطانا على طريق الحق، ويلهمنا الحق ويعصمنا من الزلل في العقيدة والقول والعمل، و يجعل كل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم فهو مولانا فنعم المولى ونعم النصير.

الضريبة لغة واصطلاحاً :

الضريبة لغة مؤنث الضريب وهو: الرأس، والموكل بالقذاح، أو الذي يضرب بها^(١). وجاء في المعجم الوسيط «الضريبة مؤنث الضريب»

(١) القاموس المحيط، ط مؤسسة الرسالة؛ لسان العرب، ط دار المعرفة؛ والمعجم الوسيط ط قطر، مادة (ضرب).

ثم بعد أن رمز إلى المعنى الجديد لها قال: «هو ما يفرض على الملك والعمل والدخل للدولة، وتحتفل باختلاف القوانين والأحوال... وجمعها ضرائب»^(١).

الضريبة في الاصطلاح: (حسب تطور معناها)^(٢).

لا يسعنا أن نُعرّف «الضريبة» تعريفاً واحداً دون النظر إلى تطورها، وتغير مفهومها، وملاحظة عنصر الزمن والتاريخ فيها، فقد كانت في عهد الإمبراطوريات الرومانية والفارسية من أعمال السيادة؛ حيث تفرضها السلطة بقصد تغطية نفقات الحرب والدفاع والخدمات العامة، بل ونفقات القصر، كما أن جبائيتها كانت تتم في أغلب الأحيان دون مراعاة قواعد العدالة والإنسانية^(٣).

ثم أدى التطور في الفلسفات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية منذ القرن الثامن عشر الميلادي إلى تطوير مفهوم الضريبة، حيث أصبحت في مقابل ما تقدمها الدولة للأفراد من خدمات؛ ولذلك كان البرلمان ينظر إلى تقدير ثمن الخدمات في مقابل الضريبة طبقاً لنظرية التعادل. ومن هنا تعددت

(١) المعجم الوسيط (٥٣٧/١).

(٢) د. عبد الكريم صادق بركات: النظم الضريبية، ط الدار الجامعية بيروت (ص ١٧). ويراجع للتفصيل: د. يونس البطريقي: النظم الضريبية، ط الدار الجامعية بيروت ١٩٨٧ (ص ٢٧) وما بعدها؛ ود. علي عباس عياد: النظم الضريبية المقارنة، ط مؤسسة شباب الجامعية بالإسكندرية ١٩٧٨ (ص ١٧)؛ ود. عادل حشيش، ووجدي محمود حسين: التشريع الضريبي المصري ط الإسكندرية (ص ١)، وندوة المعاملة الضريبية التي عقدت في الأردن في أكتوبر ١٩٨٤.

(٣) د. يونس البطريقي: المرجع السابق (ص ٧).

الاتجاهات في تكييفها: فرأى البعض أنها تنبثق من فكرة العقد الاجتماعي التي نادى بها (جان جاك روسو)، بل سماها البعض بالعقد الضريبي على أساس أن المواطن كما قال (مونتسكيو) يعطي جزءاً من دخله للدولة في مقابل ضمانها للنظام والعدالة، وكيفها (ميرابو) على أساس أن دفع الضريبة تعبير عن رضا مسبق من قبل المواطن للحصول على حماية السلطة لشخصه ولأمواله، بينما صورها بعض آخر بأنها عقد تأمين بين الدولة والمواطنين ضد الأخطار التي يتعرضون لها في مقابل سدادهم للضريبة، واعتبرها (ثيرس) بمثابة عقد الشركة، حيث يسهم كل من الدولة والمواطن في تحمل أعباء الحماية، واعتبرها (آدم سميث) بمثابة عقد إيجار يستأجر المواطن بمقتضاه ما تقدمه الدولة من خدمات مقابل ما يدفعه من ضرائب، كما اعتبرها (هوبز) و (لوك) بمثابة ثمن للسلام، بينما عرفتها مدرسة الطبيعيين في دستورها عام ١٧٨٩ م بأنها دين عام على جميع المواطنين وثمن للمزايا التي يزودهم بها المجتمع^(١).

لكن هذه النظرية تعرضت لنقد شديد أكثر من نظرية العقد الاجتماعي، لأن من المستحيل تقييم ما تقوم به الدولة من معاملات، كما أنه من المستبعد فكرة مقابلة ثمن التضحيات الضريبية بقيمة ما تقدمه الدولة من خدمات، إضافة إلى أن التزام الدولة بالحماية ليس منشؤه التزام المواطن بدفع الضريبة، فضلاً عن أن في صيغ الضريبة بطابع الثمن مجازفة لظاهرة تفاوت أعباء الضريبة على الأفراد التي لا شك أنها لا تستقيم مع مبدأ وحدة الثمن^(٢).

(١) د. يونس البطريرق: المرجع السابق (ص ٩، ١٠)، ومصادره المعتمدة، ود. عبد الكرييم صادق بركات: النظم الضريبية (ص ١٩).

(٢) د. يونس البطريرق: المرجع السابق (ص ١٢).

وحاولت الفلسفات السياسية حتى أوائل القرن العشرين أن تضفي على مفهوم الضريبة طابعاً حيادياً يتمثل في استعانة الدولة بها لتغطية النفقات الالزامية للقيام بمهامها المحدودة، غير أن هذا الطابع الحيادي لها لم يتحقق بسبب ما يتطلبه من ضرورة توافر المساواة التامة في تطبيق الضريبة من ناحية، وانخفاض عبئها إلى أقصى حدود من ناحية أخرى، كما تنازع هذا المفهوم مبدأ وفرة الحصيلة التي يتطلب العمومية والشمول لجميع المواطنين، ومبدأ العدالة التي تقتضي مراعاة التفاوت بين مستويات الدخول من خلال فرض الضرائب التصاعدية على الدخول المرتفعة لتمويل الخدمات العامة التي يستفيد منها أصحاب الدخول المنخفضة^(١).

لكن العدالة في الضريبة قد ثار في تفسيرها اختلاف حيث فسرها البعض تفسيراً ضيقاً يكمن في أنها المساواة في التضيبي أو التوزيع العادل للأعباء الضريبية بين المواطنين، فقد فسرها (آدم سميث) بأنها المساواة في المقدرة التكليفية حيث يتناسب إسهام كل مكلف في النفقات العامة ومقدار يساره، بينما فسره الآخرون تفسيراً واسعاً بحيث يشمل جميع جوانب الضريبة من تحصيلها إلى إنفاقها، ويتخطى النطاق التقليدي لها الذي ينحصر في مجرد تحقيق توزيع عادل للعبء الضريبي^(٢).

وأما مفهوم الضريبة المعاصر (منذ بداية القرن العشرين) وبالذات منذ عام ١٩٢٩ م فيكمن في اعتبارها أحد المصادر الرئيسية لتمويل الدولة ووسيلة فعالة تمكّنها من تقديم خدماتها وتحقيق غایاتها، والتدخل في الحياة الاقتصادية، والاجتماعية، وتجيئ النشاط الاقتصادي وجهة معينة^(٣).

(١) د. يونس البطريق: المرجع السابق (ص ١٦) ومصادره المعتمدة.

(٢) المرجع السابق (ص ١٨ ، ٢٢).

(٣) المرجع السابق (ص ١٨ ، ٢٢).

وبعد هذا العرض الموجز نرى أن معظم المعاصرین يكادون يتفقون على هذا التعريف الآتي للضريبة أو نحوه وهو: «اقطاع نقدی جبی نهائی يتحمله الممول ويقوم بدفعه بلا مقابل وفقاً لمقدرته التكليفية مساهمة في الأعباء العامة، أو لتدخل السلطة لتحقيق أهداف معينة»^(١).

وإذا شرحنا مفردات هذا التعريف نرى فروقاً جوهريّة بين الضريبة بمفهومها الحالي عن السابق، فالضريبة اليوم التزام نقدی كقاعدة عامة إلا استثناءات نادرة بينما كانت الضريبة في السابق تجبي عينياً أيضاً، كما أنها ينظر إليها بأنها في مقابل – كما سبق – بينما أصبحت اليوم ينظر إليها بأنها بدون مقابل، كما أنها تختلف عن الرسوم حيث إنها اقطاع نقدی يدفعه الفرد مقابل نفع خاص يحصل عليه، إضافة إلى أن دفع الرسوم اختياري من حيث إنه يمكن أن لا يطلب الفرد تلك الخدمة، وبالتالي لا يدفع الرسوم، أما الضريبة فلا مندوحة من دفعها، ولكن أهم مميز للضريبة هو أنَّ فرضها يستهدف تغطية النفقات العامة أو أهداف المجتمع الأخرى^(٢).

أسس فرض الضرائب:

يمكن تلخيص هذه الأسس في الإنتاج القومي، والدخل القومي، والإإنفاق القومي، حيث يُنظر إلى هذه الأسس الثلاثة عند فرض الضرائب، ولا يمكننا في هذا البحث أن نتطرق إلى تفصيل هذه الأسس وما يدور في فلكها^(٣).

(١) د. عبد الكريم صادق بركات: النظم الضريبية (ص ١٧)، وانظر قريباً منه د. يونس البطريق: المرجع السابق (ص ٢٦).

(٢) د. بركات: المرجع السابق (ص ٢٣ – ٢٤) والمراجع السابقة.

(٣) د. يونس البطريق: المرجع السابق (ص ٢٩) والمراجع السابقة.

الضربيّة في السنة :

لم يرد لفظ «الضربيّة» في القرآن الكريم، ولكنه ورد في السنة المشرفة أكثر من مرة، حتى عقد البخاري باباً باسم: «باب ضريبة العبد وتعاهد ضرائب الإمام»، أورد فيه حديث أنس بن مالك الذي رواه مسلم أيضاً قال: «حجم أبي طيبة النبي ﷺ فامر له بصاع، أو صاعين من طعام، وكلم مواليه فخفف عن غلته أو ضريبيته»^(١).

قال الحافظ ابن حجر: «الضربيّة – بفتح المعجمة – فعيلة بمعنى مفعولة: ما يقدره السيد على عبده في كل يوم، وضرائب جمعها، ويقال لها: خراج، وغلة، وأجر . . . ولعله أشار بالترجمة إلى ما أخرجه هو في تأريخه من طريق أبي داود الأحمرى قال: «خطبنا حذيفة حين قدم المدائن فقال: تعاهدوا ضرائب إمائكم . . .». وقال ابن المنير في الحاشية: بأنه أراد بالتعاهد التفقد لمقدار ضريبة الأمة، لاحتمال أن تكون ثقيلة فتحتاج إلى التكسب بالفجور، ودلالته من الحديث أمره عليه الصلاة والسلام بتحفيض ضريبة الحجام، فلزوم ذلك في حق الأمة أقعد وأولى لأجل الغائلة الخاصة بها»^(٢).

قال الحافظ: «ولابن أبي شيبة من هذا الوجه أنه ﷺ قال للحجام: كم خرائك؟ قال: صاعان. قال: فوضع عنه صاعاً»^(٣).

وفي رواية لأحمد: «كم ضريبيتك؟ قال: ثلاثة أصع. قال فوضع عنه صاعاً»^(٤).

(١) صحيح البخاري – مع فتح الباري، ط السلفية، القاهرة، كتاب الإجارة (٤٥٨/٤)؛ ورواه مسلم في صحيحه، ط عيسى الحلبي، كتاب المسافة (٣/١٢٠٤)؛ وأحمد في مسنده (٣٥٣/١٨٢، ٢٨٢).

(٢) فتح الباري (٤٥٨/٤).

(٣) فتح الباري (٤٦٠/٤).

(٤) مسنند أحمد (٣٥٣/٣).

والحديث برواياته يدل على جواز الضريبة اليومية المفروضة من السيد على عبده وحاريته مقابل عملها الحر، كما يدل على تدخل الدولة لمراقبة ذلك حتى لا يحدث ظلم أو حيف، وهل يمكن أن تقاس عليه الدولة في فرض ضرائب عادلة؟ هذا ما سنجيب عنه إن شاء الله في هذا البحث.

تعريف الزكاة لغةً واصطلاحاً :

الزكاة لغة: من زكا يزكوا زكاءً بفتح الزاي، وزكوا، بمعنى النماء والريع. والزكاء بضم الزاي ما أخرجه الله من الثمر. ويمكن تلخيص معانيه في اللغة في: النماء، والريع، والطيب، والصلاح، والإصلاح، والتطهير، والطهارة، ونحو ذلك^(١).

وفي اصطلاح الفقهاء :

عرفها فقهاء الحنفية بأنها: اسم لفعل أداء حق يجب للملال، قال ابن الهمام: «ومناسبته اللغوية أنه سبب له؛ إذ يحصل به النماء بالإخلاف منه تعالى في الدارين، والطهارة للنفس من ذنس البخل والمخالفة، وللملال بإخراج حق الغير منه إلى مستحقه...»^(٢).

وجاء في الدر المختار: «وشرعًا هي تمليلك جزء مال عينه الشارع من مسلم فقير غير هاشمي ولا مولاه مع قطع المنفعة عن الملك من كل وجه لله تعالى». ثم ذكر بأن كل لفظ يخرج به ما لا يسمى بالزكاة، فقوله «تمليلك» خرج به الإباحة، فلو أطعم يتيمًا ناوياً الزكاة لا يجزيه إلا إذا دفع إليه المطعم، وقوله «جزء مال» خرج المنفعة، فلو أسكن فقيراً داره سنة ناوياً

(١) انظر: لسان العرب، والقاموس المحيط مادة «زكاة».

(٢) فتح القدير على الهدایة. مع شرح العناية ط مصطفى الحلبي بالقاهرة (٢/١٥٣).

الزكاة لا يجزيه، وهكذا^(١).

وجاء في حاشية ابن عابدين: «ونقل القهستاني: أنها شرعاً: القدر الذي يخرجه إلى الفقير، ثم قال: وفي الكرمانى: أنها في القدر مجاز شرعاً فإنها إيتاء ذلك القدر، وعليه المحققون»^(٢).

وجاء في شرح الخرشى تعريف الزكاة فقال: «وشرعًا اسم لجزء من المال شرط وجوبه لمستحقه بلوغ المال نصاباً، ومصدراً: إخراج جزء من المال شرط وجوبه... إلخ»^(٣).

وعرفها فقهاء الشافعية بأنها: «اسم لأخذ شيء مخصوص من مال مخصوص على أوصاف مخصوصة لطائفة مخصوصة»^(٤).

وعرفها ابن قدامة الحنبلي بأنها في الشريعة: «حق يجب في المال»^(٥).

وهذه التعريف وإن وجد بينها اختلاف في الألفاظ والتعبير حيث أطلق على الإخراج نفسه، ولكنها متفقة من حيث الجوهر والمقصود^(٦).

(١) انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت ٢/٢-٤.

(٢) حاشية رد المحتار (٢/٢).

(٣) شرح الخرشى مع حاشية العدوى، ط بولاق مصر ١٣١٧ (٢/١٤٧).

(٤) يراجع: المجموع للإمام النووي، ط شركة كبار العلماء بمصر (٥/٣٢٤)، وفتح العزيز للرافعى بهامش المجموع (٥/٣١٤)، ويراجع: الوسيط للغزالى ط وزارة الأوقاف بقطر (٩٨٩/٢).

(٥) المعني لابن قدامة، ط الرياض (٢/٥٦٢).

(٦) يراجع في تفصيل هذا الموضوع: فقه الزكاة لأستاذنا الدكتور يوسف القرضاوى، ط مؤسسة الرسالة (١/٣٧...).

الفرق بين الزكاة والضريبة من حيث التعريف:

على الرغم من أن كلاً من الزكاة والضريبة يجمعهما كونهما إجباريين من حيث المبدأ؛ حيث ليس هناك خيار في الدفع وعدمه، بل تجب الزكاة بحكم الشرع، والضريبة بحكم القانون وإذا امتنع فإن الدولة تأخذ المطلوب جبراً. كما أنهما قدر مالي ونسبة محدودة، لكنهما تختلفان في أمور كثيرة يُفصِّلُها البحث من حيث الحكمة والهدف، ومن حيث المصرف، والأسس والوعاء، ومن حيث المبادئ العامة ونحوها.

ونذكر هنا الفروق بينهما من حيث التعريف:

١ - الزكاة واجبة بحكم الله تعالى ورسوله ﷺ بينما الضريبة تفرضها الدولة، ومن هنا ليس لأحد الحق في تغيير حكم الشرع في الزكاة (وغيرها) مهما تغيرت الظروف والأحوال والمصالح.

بينما الضريبة يعود إيجابها إلى السلطة التشريعية؛ فلها الحق في أن تفرض، أو أن تعدل عن إيجابها، وتجعلها اختيارية.

وكذلك لا يجوز تغيير نسب الزكاة وأحكامها القطعية بينما للدولة الحق في التصرف بكل ما يخص الضريبة زيادة ونقصاناً وإنشاء وإلغاء.

٢ - الضريبة حسب تعريفها المعاصر: «اقطاع نقيدي...» بينما الزكاة تشمل اقتطاعاً نقيدياً وعييناً، بل إن زكاة الأعيان تدفع منها مباشرة، بل لا يجوز تغييرها إلى شيء آخر عند جمهور الفقهاء، وحتى الذين قالوا بجواز دفع النقود بدل الأعيان قالوا ذلك من باب القيمة، فاعتبروا العين أصلاً ثم قوموها بالقيمة^(١).

(١) يراجع: حاشية ابن عابدين (٢٢/٢)، وحاشية الدسوقي (٤٣٣/١)، والمجموع للنحوى (٥٢٨/٥ - ٢٣٢)، والمعنى لابن قدامة (٦٥/٣)، والمحلى لابن حزم (١٩/٦).

٣ — أن دفع الضريبة ليس لها أجر وثواب إلا إذا كانت لتحقيق صالح المسلمين ونوى دافعها رضاء الله تعالى، بينما الزكاة لها مقابل عظيم عند الله تعالى من الأجر والثواب والقربة إلى الله تعالى.

٤ — أن الضريبة تكون وفقاً للقدرات المالية وحاجات الدولة، بينما الزكاة محددة، لا يجوز فيها الزيادة ولا النقصان.

٥ — الزكاة عبادة دينية وركن من أركان الإسلام الخمسة، ومفروضة على المسلمين فقط، وأنها محتاجة في قبولها إلى النية بينما الضريبة ليست كذلك.

٦ — الزكاة قد تجمعها الدولة، وقد لا تجمعها، وقد تجمع من الأموال الظاهرة دون الباطنة، وفي حالة عدم قيام الدولة بهذا العمل أو عدم وجود الدولة، فإن الواجب لا يسقط بل يجب على الأفراد أن يدفعوا زكاة أموالهم ويصرفوها في مصارفها، بينما الضريبة مرتبطة بالدولة، أو السلطة.

الحكمة من فرض الزكاة، ومن فرض الضريبة:

بَيْنَ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ وَالسُّنَّةِ النَّبُوِيَّةِ الْمُشَرَّفَةِ الْحَكْمَةُ مِنْ فِرْضِ الزَّكَاةِ فَقَالَ تَعَالَى: ﴿أَخْذُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَنَزِّكُهُمْ بِهَا وَصَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَوَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلَيْهِمْ﴾^(١)

وَقَالَ ﷺ: «تَخْرُجُ الزَّكَاةِ مِنْ مَالِكٍ، فَإِنَّهَا طَهْرَةٌ تَطْهِيرٌ»^(٢).

(١) سورة التوبة: الآية ١٠٣.

(٢) رواه أحمد، قال الحافظ المنذري: ورجاله رجال الصحيح، نسبه الهيثمي في مجمع الزوائد (٣/٦٣) إلى الطبراني أيضاً وقال: رجاله رجال الصحيح. انظر: المتنقى من كتاب الترغيب والترهيب للحافظ المنذري، إنتقاء د. يوسف القرضاوي، ط قطر (١٩٩/١).

حيث دلت هذه الآية الكريمة على أن دفع الزكاة تطهير للنفس والمال، وترزكية، وسكن لهم. ودللت آيات وأحاديث أخرى على أن الزكاة لدفع حاجة الفقراء، وتحقيق التكافل الاجتماعي، ومجتمع الخير والكافية والرفا، وأنها سبب الفلاح في الدنيا والآخرة، ولزيادة الأموال ومضاعفتها. ويمكن ذكر هذه الحِكَم الآتية:

١ — إن أداء الزكاة يحقق عبودية المسلم لله تعالى، بحيث لا يقف المال حائلًا بينه وبين تنفيذ أمر الله تعالى، وبعبارة أخرى فإن الإسلام يريد أن تكون عبودية الشخص لله تعالى كاملة شاملة لجميع الأمور؛ وذلك لأن بعض الناس مستعدون للعبادة البدنية، ولكنهم ليسوا مستعدين للبذل والعطاء، أو بالعكس؛ فبأداء الصلاة والزكاة تتكامل العبودية — مع بقية العبادات الأخرى — ؟ فالمال عزيز على النفس، فلا يتكامل الإسلام إلا إذا كان المسلم قادرًا على التضحية بالمال كما هو قادر على التضحية بالبدن والنفس؟

٢ — الزكاة تطهير للمال من الشبهات، ولنفس الغني من البخل والشح وحب المال، وقد قال الله تعالى: «وَمَنْ يُوَقَّ سُحْنَقَسِيهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ»^(١).

كما أنها تطهير لنفس الفقير من البغض والحسد، والحداد الأسود، كما يحدث ذلك في المجتمعات غير المسلمة، حتى يصل الحقد الأسود إلى مرحلة القتل، وهذه الأمراض القلبية في غاية من الخطورة، ولذلك أراد الله تعالى تطهير المجتمع — فقراء وأغنياء — من هذه الأرجاس والأدران وأن يعيشوا إخوانًا، متعاونين متحابين، كجسد واحد وكتبيان مرصوص يشد بعضها ببعضًا، كما أن لفظ الزكاة يعني التركية، وقد قال عليه السلام: «تخرج الزكاة من مالك فإنها طهارة تطهرك».

(١) سورة الحشر: الآية ٩.

٣ — الزكاة زيادة في المال ومضاعفة له، حيث يقول الله تعالى:

﴿وَمَا أَنْتُمْ مِنْ زَكْوَةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضَعِّفُونَ﴾^(١).

جاءت هذه الآية بعد قوله تعالى: ﴿وَمَا أَنْتُمْ مِنْ رِبَا لَيَرَبُّو فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرَبُّو عِنْدَ اللَّهِ وَمَا أَنْتُمْ مِنْ زَكْوَةٍ . . .﴾، حيث تدل على أن ميزان الزيادة والنقصان عند الله تعالى يختلف عن الموازين التي يزن بها الكافرون، فالربا الذي هو زيادة ظاهرة في المال نقص في الحقيقة والمال، والزكاة التي هي في ظاهرها نقصان لكنها زيادة عند الله تعالى؛ حيث يضاعف الله تعالى المدفوع فيها أضعافاً مضاعفة يوم القيمة، وحتى في الدنيا حيث تقع البركة في الأموال التي دفعت زكاتها وفي صاحبها، وقد ورد في الحديث الصحيح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من تصدق بعدل تمرة من كسب طيب — ولا يقبل الله إلا الطيب — فإن الله يتقبلها بيمنيه، ثم يربيها لصاحبها كما يربى أحدكم فلؤه حتى تكون مثل الجبل»^(٢).

٤ — الزكاة فلاح وفوز بالجنة ونجاة من النار (بإذن الله تعالى)؛ حيث وعد الله تعالى المؤمنين الذين يؤدون زكاتهم بالصلاح والفوز والجنة، فقال تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ ۖ الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَشِّعُونَ ۖ وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ الْأَغْوِيَةِ مُعْرِضُونَ ۖ وَالَّذِينَ هُمْ لِرِزْكَوْنَةٍ فَيَعْلَمُونَ﴾^(٣). وقال تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى﴾^(٤).

(١) سورة الروم: الآية ٣٩.

(٢) صحيح البخاري — مع الفتح — (٢٧٨/٣) والفلؤ بفتح الفاء وضم اللام وتشديد الواو، هو: المهر. وضرب به المثل، لأنَّه يزيد زيادة واضحة.

(٣) سورة المؤمنون: الآيات ١ — ٢.

(٤) سورة الأعلى: الآية ١٤.

ويقول الرسول ﷺ: «اتقو النار ولو بشق تمرة»^(١).
 بل إن الزكاة إذا أديت دون إيداء ومن، وبخفاء تؤدي إلى أن يكون
 صاحبها في ظل عرش الله تعالى كما ورد في الحديث الصحيح: «سبعة
 يظلمهم الله تعالى في ظله يوم لا ظل إلا ظله: ...، ورجل تصدق بصدقه
 فأخفاها حتى لا تعلم شمالة ما تتفق يمينه»^(٢).

٥ - الزكاة تنمية للمال وسبب للاستثمار والتجارة وبالتالي تدوير
 الأموال، والزيادة في الدورات الاقتصادية ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ
 مِنْكُمْ﴾^(٣)، وذلك لأن المسلم العاقل إذا علم بوجوب دفع الزكاة في أمواله
 فإنه يبحث عن استثمار أمواله حتى لا تأكلها الصدقة والنفقة، وقد أكد هذا
 المعنى أحاديث، منها: ما رواه الشافعي بسنده عن يوسف بن ماهك أن
 رسول الله ﷺ قال: «ابتغوا في مال اليتيم، أو في أموال اليتامي، لا تذهبها
 - أو لا تستهلكها - الصدقة» وقد صصح البهقى والنبوى إسناده. وروى
 الطبراني في الأوسط عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: «اتجرروا
 في أموال اليتامي لا تأكلها الزكاة» قال الهيثمي: «أخبرني سيدى وشىخى
 - أى الحافظ زين الدين العراقي - أن إسناده صحيح»^(٤).
 وقد روى بسنده صحيح موقوفاً على عمر، رواه عنه البهقى وصححه
 بلفظ: «ابتغوا في أموال اليتامي لا تأكلها الصدقة»^(٥).

(١) رواه البخاري وغيره، صحيح البخاري - مع الفتح - كتاب الزكاة (٣/٣٨٣).

(٢) صحيح البخاري - مع الفتح (٣/٢٩٢).

(٣) سورة الحشر: الآية ٧.

(٤) انظر: السنن الكبرى (٤/١٠٧)، والمجموع للنبوى (٥/٣٢٩)، ومجمع الزوائد (٣/٦٧)، وفيض القدير (١١/١٠٨)، ويراجع: فقه الزكاة لمزيد من التفصيل (١/١٠٩).

(٥) السنن الكبرى (٤/١٠٧).

ورواه عنه مالك بـبلاغاً بلفظ: «اتجرروا في أموال اليتامي، لا تأكلوها الزكاة»^(١).

٦ - ومن أهم حكم الزكاة إشباع حاجات الفقراء والمساكين، والمساهمة في تقوية المجاهدين، ودعمهم دعماً مادياً، وفي أداء ديون الغارمين، وفي الرقاب، وفي دعم الدعوة وتأليف القلوب ونحو ذلك، أو بعبارة موجزة فإن الزكاة تساهم مساهمة كبيرة في تحقيق مجتمع التكافل والتعاون وفي حل المشكلات الاجتماعية والاقتصادية كالفقر والبطالة والديون ونحوها.

الهدف من فرض الضريبة:

وأما الهدف من فرض الضرائب في الدول المعاصرة فهو تغطية تكاليف الدولة ومصاريفها وتطويرها بسبب الخدمات العامة والبطالة والحروب، والدفاع، والتطور نحو الرقي والتقدم، فيستهدف نظام الضريبة توفير الأموال لتحقيق هذه الأغراض، فالضريبة هي: أحد المصادر الرئيسية للتمويل، ووسيلة فعالة تمكن الدولة من التدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وتوجيه النشاط الاقتصادي وجهة معينة...

وحقيقة الأمر: أن المفهوم المعاصر للضريبة لم يستبعد كلية المبدأين التقليديين للضريبة - هما وفرة الحصيلة والعدالة - وإن كان قد أضاف إليهما مبدأ جديداً لا وهو التدخل... إن مبدأ التدخل الذي يقوم عليه المفهوم المعاصر للضريبة لا يتعارض مع مبدأي وفرة الحصيلة والعدالة؛ نتيجة عدم وجود اشتراط وجود صراع أو تعارض بين كل من الأهداف الاجتماعية والاقتصادية والأهداف المالية، فالضريبة التي تهدف أساساً إلى

(١) الموطأ، ط الشعب بمصر (ص ١٧١).

تعديل الهيكل الاجتماعي إنما تهيء للدولة في نفس الوقت الفرصة لتحقيق حصيلة ضريبية لا بأس بها، والدليل على ذلك أن ضريبة الدخل التصاعدية في إنجلترا التي تحقق أهدافاً ذات طبيعة اجتماعية واقتصادية إنما تهيء في الوقت نفسه مورداً رئيسياً لتمويل الخزانة العامة^(١).

ومن هنا يمكننا أن نلخص الأهداف العامة للضريبة بمفهومها المعاصر في أهداف الدولة التي تحددها فلسفتها السياسية، فالدولة الرأسمالية التي ظلت طويلاً تحرص على اتخاذ موقف حيادي تجاه النشاط الاقتصادي كانت تكتفي من الضريبة كأداة مالية تمكّنها من الحصول على موارد تكفي لتمويل الإنفاق العام الذي كان في أضيق الحدود. وبعبارة أخرى احتلت وفرة الحصيلة المكانة الأولى من بين أهداف الكيان الضريبي. لكن الدول الرأسمالية راحت تتجه بالضريبة إلى وظائف جديدة استجابة للأفكار الاجتماعية والاشراكية التي أثّرت في النظام الرأسمالي الذي بدأ يستعين بالضريبة كأداة لتحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية إلى جانب كونها أداة مالية تقليدية، ومنها العمل للحد من التفاوت في توزيع الدخول والثروات عن طريق زيادة العبء الضريبي بالنسبة للدخل المرتفعة، تخفيفه إلى أقصى حد بالنسبة للدخل المنخفضة، أما الأنظمة الاشتراكية فتتّخذ الضريبة بصفة رئيسية أداة مرنة من أدوات التوجيه الاقتصادي من ناحية، وأداة من أدوات الرقابة على الإنتاج، ومقاييساً لكافياته من ناحية أخرى^(٢).

مصرف الزكاة، ومصرف الضريبة:

مصاريف الزكاة معروفة ومنصوصة في القرآن الكريم حيث يقول الله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْمَصَدَّقُتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِيلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤْلَفَةُ فَلُؤْلُؤُهُمْ ﴾.

(١) د. يونس البطريقي: المرجع السابق (ص ٢٣ - ٢٤).

(٢) المرجع السابق (ص ٢٨ - ٢٩).

وَفِي الرِّقَابِ وَالْفَغِيرِ مِنَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَتَنِ السَّبِيلِ فَرِيقَةٌ مِنْ أَنْفُسِ الْمُلْكَةِ وَاللَّهُ عَلَيْهِ حَكِيمٌ^(١).

فقد أوضحت هذه الآية أن مصارف الصدقات ثمانية، ولا مجال هنا للخوض في تفاصيلها. أما مصارف الضريبة، فهي تصرف على حاجيات الدولة بل ومحسنتها، وبعبارة موجزة: فالدولة تصرفها ضمن بقية أموالها في شؤون الحرب والدفاع والخدمات العامة، وفي تطوير برامجها ونحوها، فالدولة ليست ملزمة بتحديد مصرفها بل تصرفها حسب خططها وإرادتها.

أسس فرض الزكاة، وفرض الضريبة:

يقوم فرض الزكاة في الإسلام على عدة أسس من أهمها:

(أ) أساس التكليف، والعبودية والخضوع والاستسلام لله رب العالمين، وتعمير الكون على ضوء منهج الله تعالى، وأن الإنسان لم يخلق إلا لعبادة الله تعالى (بمعناها الشامل) حيث تقتضي هذه العبودية الاستجابة لأوامر الله تعالى والانتهاء عن نواهيه، فكان فرض الزكاة نابعاً من حقوق وواجبات هذه العبودية، ومنبئاً من مبدأ الاستسلام لله رب العالمين تطبيقاً لمعنى الإسلام، وتنفيذاً لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمْ أَنْفَارٌ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَكَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَحِدُّوْا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا فَصَّيَّتْ وَإِسْلَمُوا سَلِيمًا﴾^(٣).

(١) سورة التوبه: الآية ٥٩.

(٢) سورة الأحزاب: الآية ٣٦.

(٣) سورة النساء: الآية ٦٥.

(ب) أساس الاستخلاف في الأرض وفي المال، فالمب丹 الإسلامي بخصوص المال يقضي بأن المسلم مستخلف في ماله، لأن المال لله تعالى، وأنه تعالى هو المالك الحقيقي له ولكن الله تعالى استخلفنا في الأموال ولذلك يذكرنا الله تعالى بهذا الاستخلاف عند طلب الإنفاق حيث يقول تعالى: ﴿وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَحْلِفِينَ﴾^(١).

فإذا تقرر في عقيدة المسلم هذا المبدأ وترسخ في قلبه وكيانه سهل عليه أن ينفذ أوامر المستخلف المالك الحقيقي في الإنفاق وفي مصارفه بالشكل الذي يريده المالك، ولذلك يأتي وصف هؤلاء في سورة الإنسان: ﴿وَيَطْعَمُونَ الظَّعَامَ عَلَى حُبُّهِ، مَسْكِنًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾^(٢).

حيث يطعمون هؤلاء الفئات التي لا يرجى منها أي طمع دنيوي، لأنهم: ﴿إِنَّمَا يَطْعَمُكُمْ لِوَجْهِ اللَّهِ لَا تُرِيدُ مِنْكُمْ جَرَاءً وَلَا شُكُورًا إِنَّمَا تَخَافُ مِنْ رَبِّنَا يَوْمًا عَبُوسًا فَقَطْرِيرًا﴾^(٣).

بينما يأتي وصف الكافرين الذين لا يؤمنون بهذا الاستخلاف بقوله تعالى: ﴿أَرَهُمْ يَتَأْكِلُونَ إِذَا كَذَبُوا إِلَيْهِمْ فَذَلِكَ الَّذِي يَدْعُ الْيَتَمَ وَلَا يَحْكُمُ عَلَى طَعَامِ الْمِسْكِينِ﴾^(٤).

فالذى ليس له هذا الإيمان لماذا ينفق أمواله بدون فائدة ظاهرية في الدنيا، فلماذا ينفق على اليتيم الذي لا يحس بشيء ولا يرجى منه طمع دنيوي؟ ولماذا يدفع أمواله للفقراء والمحتاجين والعيid؟ وإنما يدفع أمواله لقضاء شهواته ويحصل على طعام أصحاب الجاه الذين يقابلونه بنفس الأسلوب، أو يتوقع منهم الكثير؟!

(١) سورة الحديد: الآية ٧.

(٢) سورة الإنسان: الآيات ٨ - ١٠.

(٣) سورة الماعون: الآيات ١ - ٣.

دفع الزكاة يجسد هذا المبدأ بصورةه المتكاملة، حيث يلتزم به المسلم تنفيذًا الأمر خالقه ومالكه.

(ج) أساس الأخوة الإسلامية، حيث إن المسلمين في نظر الإسلام إخوة تفوق إخوتهم إخوة الدم والنسب، فقال تعالى: «إِنَّا مُؤْمِنُونَ إِخْوَةً»^(١).

ومن مقتضى الأخوة التعاون والعطاء والبذل والإنفاق، فلكل شيء حقيقة، وحقيقة الأخوة أن يساهم الأخ في ضراء أخيه فيساعده، ويدفع حاجته ما دام قادرًا على ذلك، ولذلك شبه الرسول ﷺ المؤمنين الصادقين «بالجسد الواحد إذا اشتكت منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى»^(٢).

وهذا دليل على أن من لم يحس بأخيه وبحوائجه وألامه فليس بمسلم حقيقي، فالزكاة تجسد هذه الأخوة حيث تؤخذ من الأغنياء وترتدى على الفقراء لسد حاجتهم وعوزهم.

(د) أساس التكافل الاجتماعي الذي يقضي بأن يقوم المجتمع الإسلامي على تكافل حقيقي يكون كفيلاً وضامناً لأنبياء الفقير، من خلال مشاركته معه، ومساهمته في رفع حاجته وعوزه، ويكون الجميع متعاونين يحمل بعضهم بعضًا، ولا يكونون أنانياً مصلحين لا ينظرون إلا إلى مصالح أنفسهم، فمجتمع التكافل مجتمع متضامن قائم على التعاون والعطاء، بل كان مجتمع الرعيل الأول قائماً على الإيثار حيث قال الله تعالى في وصف الأنصار وموقفهم من إخوانهم المهاجرين: «وَالَّذِينَ تَبَوَّءُو الدَّارَ

(١) سورة الحجras: الآية ١٠.

(٢) الحديث أخرجه البخاري ومسلم، ولفظه في مسلم: «مثُلَ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادُّهِمْ وَتَرَاحِمِهِمْ وَتَعَاطِفِهِمْ، مُثُلُ الْجَسَدِ، إِذَا . . .» الحديث (٤/٦٦) (١٩٩٩) .

وَالْأَيْمَكَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُجْهَنَّمَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَحْدُونَ فِي صَدْرِهِمْ حَاجَةً إِنَّمَا أُوتُوا
وَيَقْرُرُونَ عَلَى أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ زِيَّهُمْ خَصَّاصَةً وَمَنْ يُوَقَّعْ شَعْرَ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ
الْمُفْلِحُونَ (١).

وأما فرض الضريبة فيقوم على عدة أساس نظرية :

منها : سيادة الدولة ، فقد ذكرنا بإيجاز أن الضريبة في عهد الإمبراطورية الرومانية تقوم على مبدأ السيادة العامة للدولة ، ومن هنا فكانت السلطة المركزية تفرض الضريبة حسب إرادتها بقصد تغطية النفقات العامة التي تت肯بدها في الحروب ، وفي الدفاع والخدمات العامة ، فقد كان فرض الضرائب في العصر القديم تعبيراً خالصاً عن إرادة السلطة دون أي اعتبار لرضا الدافعين (٢) . ولذلك كانت تفرضها حسب أهواءها أو على أحسن تقدير حسب حاجتها .

ومنها : النظرية التعاقدية حيث نادى بها بعض المفكرين – كما سبق – واعتبروا الضريبة بمثابة عقد بين الفرد والدولة ، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم في نوعية العقد ، فذهب بعضهم إلى أنه عقد تأمين ، وبعض آخر إلى أنه بيع خدمات وآخرون إلى أنه عقد شركة ونحو ذلك كما سبق بيانها وما وجه إليها من انتقادات .

ومنها : فكرة التضامن الاجتماعي . حيث تبناها الفكر الحديث وأسند حق الدولة في فرض الضريبة إلى فكرة التضامن الاجتماعي وإلى توزيع عبئها حسب مقدرة الممول التكليفية ، وبذلك تنتفي فكرة المقابل والعقد ، حيث إن الدولة تقوم بخدماتها تحقيقاً للنفع العام مما يستلزم تكافف وتضامن

(١) سورة الحشر : الآية ٩ .

(٢) د. يونس البطريق : المرجع السابق (ص ٧ - ٨) .

الجميع في المساهمة في الأعباء^(١).

ومنها: الأساس القانوني حيث إن القانون الضريبي (وهو من فروع القانون العام) يدور حول فكرة الحق والسلطة والامتياز، ويرتبط بالواقع بدرجة أكبر من النوايا، وبالتالي ينبع أكثر من الخطط، وبالتالي أكثر من الأسباب، وقد نادى البعض بضرورة التقييد بالفاظ القانون الضريبي دون الاجتهاد، والقياس، لأنه استثناء وقيد على حرية الأفراد ويرتبط بهذا الأساس أن الضريبة لا تقر، ولا تفرض ولا تجبي إلا من خلال قانون، حيث أصبح من المبادئ الأساسية قانونية الضريبة، وعلى ذلك نصت معظم الدساتير، فقد نص الدستور المصري على أن إنشاء الضرائب العامة أو تعديلها، أو إلغاءها، لا يكون إلا بقانون^(٢).

وعاء الزكاة ووعاء الضريبة :

يقصد بالوعاء هنا الأشياء التي تخضع لنظام الضريبة، أو التي تجب فيها الزكاة، وقد يكون المادة الخاضعة عقاراً، أو دخلاً، أو رأس مال، أو نحو ذلك ولكنها ليس من الضوري أن تخضع كل ثروة للضريبة وذلك لأن هناك اعتبارات متعلقة بالعدالة والمساواة، واعتبارات سياسية فمثلاً تخضع الثروات الضخمة وتعفى المبالغ الالزامية للمحافظة على الحد الأدنى للمعيشة لإشباع الضروريات ومواجهة الأعباء العائلية، كما تعفى بعض السلع الضرورية وتزداد نسبة الضريبة على بعض السلع كالسجائر – الدخان – والخمور ونحوها، ومن الجدير بالذكر أن الضرائب اليوم تفرض على الأشياء التي يملكتها الشخص، ولا تفرض على الشخص نفسه كما كان الحال في السابق

(١) د. عبد الكريم صادق بركات: المرجع السابق (ص ١٩)، المرجع السابق (ص ٧٥ – ٧٩)، ود. يونس الطريقي: المرجع السابق (ص ٢٣٠ – ٢٤٧).

(٢) د. عبد الكريم صادق بركات: المرجع السابق (ص ٨١ – ٨٣).

حيث، كان الشخص مسؤولاً أمام الدولة عن دفع قدر محدد من الضريبة، أما النظم المعاصرة فتنتظر إلى ما يملكه الشخص مع ضوابط لتحقيق العدالة.

وإذا كنا نتحدث الآن عن الوعاء الضريبي فلا بد أن ننتبه إلى مسألة في غاية من الأهمية وهي أن الأنظمة الضريبية في العالم ليست على سنن واحد، وكان بودنا أن نختار أكثر من نظام، لكن مجال البحث لا يسع إلا أن نختار نظاماً واحداً وهو النظام الضريبي في أمريكا^(١).

النظام الضريبي في أمريكا :-

هناك مرحلتان في تاريخ الضريبة الأمريكية، هما مرحلة ما قبل عام ١٩١٣، ومرحلة ما بعدها، ونحن نوجز القول في المرحلة الأخيرة فقط.

فقد عدل دستور الولايات المتحدة في ٢٥/٢/١٩١٣ بمنح الكونجرس سلطة فرض ضرائب عامة على الدخل دون اشتراط توزيعها على الولايات، ومن هنا بدأ الكونجرس ينظر في فرض الضرائب وكيفية تحصيلها على ضوء اعتبارات عدّة حيث فرض الضريبة على الدخول الفردية (الأشخاص الطبيعيين) وعلى أرباح الشركات، وعلى الإنتاج وعلى العمل، وعلى التركات والهبات وموارد متنوعة أخرى، إضافة إلى الضرائب الجمركية، حتى بلغت حصيلتها عام ١٩٦١: ٨٠٪ من موارد الحكومة الفدرالية^(٢).

كما أن الضرائب في أمريكا ثلاثة أنواع: ضرائب فدرالية تفرضها

(١) د. عبد الكريم صادق: المرجع السابق (ص ٥٤)، ود. محمد سمير الصبان، ود. فاروق عبد العال: الأسس العامة في الفحص الضريبي، ط مؤسسة شباب الجامعة (ص ٣).

(٢) د. يونس البطريرق: المرجع السابق (ص ٢٦٤ - ٢٦٥).

الحكومة المركزية، وضرائب محلية تفرضها حكومات الولايات، وضرائب محلية تفرضها الهيئات المحلية.

والنوع الأول هو الأكثر؛ حيث تصل نسبته في بعض السنوات إلى ٧٥٪، بينما تصل نسبة ضرائب الولايات ٥٪، وضرائب الهيئات المحلية ١٢٪ كما في عام ١٩٥٢، كما أن الضرائب الفدرالية تهتم بالضرائب المباشرة على الدخل بصورة رئيسية، في حين أن ضرائب الولايات تتوجه بصورة أكبر إلى الضرائب غير المباشرة على الإنفاق (ولا سيما الضريبة على المبيعات)، وأما ضرائب الهيئات المحلية فتتجه بصورة أكبر نحو الضرائب على رأس المال (وبالأخص الضرائب العقارية)^(١).

وعاء ضريبة الدخل:

وقد توسيع المشروع الأمريكي في مفهوم الدخل الخاضع للضريبة حيث يشمل كلاً من المزايا العينية، والنقدية، وجميع الأرباح العرضية والأرباح الرأسمالية وأرباح اليانصيب، وحتى الأرباح غير المشروعية كأرباح القمار والتهريب.

وبالمقابل استبعد من وعاء الضريبة التبرعات والهبات التي منحها صاحبها للهيئات العامة، أو الجمعيات الدينية أو الخيرية، وذلك في حدود ٢٠٪ من دخله، أو ٣٠٪ لحالات خاصة، وكذلك فوائد الديون التي دفعها، والضرائب التي أخذت منه، ونفقات العلاج الطبي، والنفقات القضائية، والنفقات والخسائر الخاصة ب مباشرة المهنة.

كما أن سعر الضريبة على دخول الأشخاص الطبيعيين على مرحلتين:

الأولى: ذات سعر نسبي يبلغ ٣٪.

(١) يراجع لتفصيل ذلك د. يونس البطريقي: المرجع السابق (ص ٢٧٠).

الثانية: ذات سعر تصاعدي يتراوح بين ٩١٪ للشريحة الأولى و ٢٠٪ للشريحة الأخيرة.

وعاء الضريبة على الشركات:

يشمل وعاؤها جميع الإيرادات الدورية وغير الدورية بما في ذلك المكاسب الرأسمالية، وأما سعرها فعلى شقين: شق نسبي عادي بواقع ٣٠٪ وشق إضافي سعره ٢٢٪ وذلك بالنسبة للإيرادات التي تزيد عن خمسة وعشرين ألف دولار سنويًا حيث يصل سعرها الفعلي إلى ٥٢٪^(١).

وعاء ضرائب الإنتاج حيث تسرى على عدد كبير من السلع والخدمات ولا سيما المسكرات والدخان.

الضرائب على التركات التي تزيد عن ستين ألف دولار وسعرها تصاعدي تتراوح بين ٣٪، ٧٪ لما يزيد عن عشرة ملايين دولار.

الضرائب على الهبات التي يحصل عليها الفرد بسعر يتراوح بين ٤٪ و ٧٪.

ضرائب أخرى:

وبالإضافة إلى ذلك فهناك ضرائب اتحادية أخرى لضرائب الاستخدام (الأجور والمرتبات) التي فرضت منذ عام ١٩٣٠، والضرائب الجمركية، إضافة إلى الضرائب المحلية التي تقررها حكومات الولايات والهيئات المحلية مثل الضرائب العقارية، والضريبة العامة على المبيعات، والضرائب على كل من الدخان والمسكرات، ونحوها^(٢).

(١) د. يونس البطريقي: المرجع السابق (ص ٢٧٩).

(٢) المرجع السابق (ص ٢٩٥)، ود. عبد الكريم صادق (ص ١٨٧)، ود. الصبان، ود. فاروق (ص ٨٠).

وعاء الزكاة :

وأما وعاء الزكاة فمحل اختلاف بين الفقهاء بعد اتفاقهم على أنها خاصة بأموال المسلمين، ولا تفرض على أموال غيرهم حتى الذين يعيشون في ظل الدولة الإسلامية (الذميين والمستأمنين)، فمنهم من عم وعاء الزكاة ليشمل جميع الأموال النامية ما دامت قد بلغت النصاب وتتوفر الشروط والضوابط الأخرى، وهذا هو الرأي الراجح المأقوٰ للنصوص العامة التي أوجبت الزكاة في مطلق الأموال: ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَنْوَافِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴾ ﴿ لِّسَائِلٍ وَالْمَحْرُومِ ﴾ ^(١) .

وعلى ضوء هذا الرأي الراجح يشمل وعاء الزكاة كل مال نام كالثروة الحيوانية جميعها، والذهب والفضة والنقود الورقية، والتحفيات الذهبية والفضية ونحوها، والثروة التجارية، والثروة الزراعية، والعسل والمنتجات الحيوانية، والثروة المعدنية والبحرية، والمستغلات وكسب العمل والمهن الحرة، والأسهم والسنادات ونحوها ^(٢) .

ومن الفقهاء من خصص من وعاء الزكاة بعض الأموال على تفصيل حيث حصر بعضهم الزكاة في ثمانية أصناف فقط، يقول ابن حزم الظاهري: «ولا تجب الزكاة إلا في ثمانية أصناف من الأموال فقط هي: الذهب، والفضة، والقمح، والشعير، والتمر، والإبل، والبقر، والغنم: ضأنها وما عزها فقط» ثم قال: «ولا زكاة في شيء من الشمار، ولا من الزروع ولا في شيء من المعادن غير ما ذكرنا، ولا في الخيل، ولا في الرقيق، ولا في العسل، ولا في عروض التجارة» ^(٣) .

(١) سورة المعارج: الآية ٢٤.

(٢) يراجع: فقه الزكاة الجزء الأول حيث يتناول كل ذلك بالشرح والتفصيل.

(٣) المحلى (٥/٣٠٨).

ومن الفقهاء من لم يوجب الزكاة في أموال الصبي والمجنون وغير العشرينية، كالحنفية^(١) . . . وهكذا.

وقد أفاض أستاذنا الدكتور القرضاوي في أدلة القائلين بتوسيع وعاء الزكاة ليشمل كل مال نام، والرد على المخالفين^(٢).

ومن هذا العرض يتبين لنا أن وعاء الضريبة ووعاء الزكاة على الرأي الراجح متقاربان حيث يتسمان بالشمولية، وإن كان لكل نظام شروطه وضوابطه، ولكنهما يختلفان في سعر الضريبة، وتصاعديتها، وفي نسبة الزكاة – كما سيأتي – وكذلك تختلف الضريبة عن الزكاة في وجود الضريبة على الاستهلاك حيث لا يعرف في الإسلام في باب الزكاة مثل هذه، لأن الزكاة لا تؤخذ إلا من الأغنياء، بينما الضريبة على الاستهلاك قد تؤخذ من غير الأغنياء أيضاً، إذ قد يكون المستهلك فقيراً.

وأما الأنواع الأخرى كضريبة الدخل بشتى أنواعه فتقابله الزكاة عليه حيث أوجب الإسلام الزكاة على دخل الاستغلال الزراعي (زكاة الزروع والثمار) حيث أوجب فيها العشر إذا كانت تسقى بماء السماء أو بالراحة، ونصف العشر إذا كانت تسقى بالدواب أو الآلات، كما أوجب الزكاة في كسب التجارة ونحو ذلك^(٣).

وأما المقارنة بينهما في وعاء رأس المال فإن الشريعة الإسلامية لم تأخذ بنظام الضريبة الواحدة كما نادى بها البعض في بعض العصور بل أخذت بنظام الضرائب المتعددة في باب الزكاة، حيث تجب في رأس المال حيناً كما في الثروة الحيوانية السائمة والذهب والفضة والنقود والثروة

(١) فتح القدير مع شرح العناية (١٥٣/١).

(٢) يراجع: فقه الزكاة (١٤٥ - ١٥١/١).

(٣) فقه الزكاة (ص ١٠٣٣).

التجارية، وتجب في الإيراد والدخل أحياناً، وبذلك سبق الفلسفات الاجتماعية والاشتراكية التي نادت بفرض الضرائب على رأس المال، لكن النظام الإسلامي – كما يقول أستاذنا القرضاوي – قد اشتمل في هذا المجال أيضاً، على المزايا التي ذكرها أنصار الضريبة على رأس المال، ويعخلو من العيوب التي ذكرها المعارضون لفرض الضرائب على رأس المال، وذلك لأن الإسلام لم يوجب الزكاة في كل رأس المال، بل في المال النامي – أو من شأنه النماء – فقط حتى يبقى الأصل وتوخذ من الزيادة والفضل، ولذلك لم تفرض الزكاة في رأس المال الثابت نفسه كالمصانع والعقارات بل في رأس المال المتناول، أما رأس المال الثابت فتؤخذ الزكاة من غلته ونمائه الفعلى كالأرض الزراعية التي جاء بها النص، وما أحقت به من العمارات ونحوها من المستغلات، إضافة إلى ملاحظة النصاب، ونحوها^(١).

وأما الضرائب على الأشخاص التي كانت تسمى بضربي الرؤوس، لأنها تؤخذ عن كل رأس المال والتي يعمل بها في بعض الدول – فقد وجهت إليها انتقادات كثيرة ولكنه مع ذلك فيوجد في الإسلام نظام آخر وهو صدقة الفطر التي تفرض على كل شخص مع قطع النظر عن أمواله وفقره وغناه، أراد بها الإسلام إدخال السرور في قلوب المحتاجين في يوم العيد، والتعويذ على البذل والعطاء والتعاون العام والتكافل^(٢).

مبادئ العدالة بين الزكاة والضريبة :

لا شك أن النظام الضريبي في العهود السابقة لم يكن يتوخى العدالة، وإنما كان همه تحصيل أكبر قدر ممكن من الأموال للدولة، ولذلك يتخذ في سبيل تحصيلها المظالم وأبشع صور التعذيب والإيذاء البشري، وقد سجل

(١) فقه الزكاة (٢/١٠٢٧ - ١٠٢٩).

(٢) المرجع السابق (٢/١٠٣٦).

التاريخ ذلك، ولكنه بعد ظهور الفلسفات الاجتماعية والديمقراطية وحقوق الإنسان بدأت الحكومات تتجه نحو نظام ضريبي توخي فيه العدالة، غير أن الفقهاء اختلفوا في مفهوم العدالة الضريبية كما اختلفوا في مفهوم العدالة نفسها حيث تنازعه وجهات نظر متباعدة بسبب الفلسفات السياسية والفكرية، ويمكن حصر الاتجاهات حول مدى العدالة الضريبية في اتجاهين: أحدهما: التفسير الضيق لها بحيث يقتصر مفهومها على الجانب المالي للضريبة أي المساواة في التضاحية، أو التوزيع العادل للأعباء الضريبية بين المواطنين، وهذا ما فسره آدم سميث بأنها: المساواة في المقدرة التكليفية بحيث يتناسب إسهام كل مكلف في النفقات العامة ومقدار يساره، أي: دخله^(١).

وأما الاتجاه الثاني فهو التفسير الموسع للعدالة الضريبية بحيث ينطوي النطاق التقليدي لها ويتناول جميع جوانب الضريبة من طلب أدائها إلى استخدام حصيلتها (أي إنفاقها) ويستهدف الحد من الاختلافات الاقتصادية والاجتماعية^(٢).

والقوانين الضريبية اليوم تشترط المساواة الضريبية بل ينص عليها معظم الدساتير، ولكن مفهوم المساواة يكتنفها غموض واختلاف فهل هي مساواة مطلقة، أو نسبية؟ وهل ينظر إلى كل ضريبة على حدة أم ينظر إلى النظام ككل؟ وهل هي مساواة يومية أم سنوية؟ وهل ينظر إليها من الزاوية المالية والاجتماعية أم من الناحية القانونية؟ فلو نظرنا إليها من الزاوية المالية والاجتماعية نجد أن مفهومها يختلط بمفهوم العدالة، إذ تتحقق المساواة ولو حدثت معاملة تمييزية بين الممولين لاعتبارات اجتماعية ومالية، بينما

(١) د. يونس البطريق (ص ١٨).

(٢) د. يونس البطريق: المرجع السابق (ص ٨)، د. عبد الكريم صادق (ص ٨٤).

لو نظرنا إليها من الناحية القانونية نجد أن مفهومها يعني المساواة أمام قانون الضريبة، وهذا لا يعني تجنب القاضي لبحث العدالة، ولكن معناها التزامه بتطبيق القانون فلا تجوز التفرقة بين الممولين حسب جنسهم، وهكذا^(١).

وأما العدالة في الشريعة فتعني المعنى الشامل للعدالة من جميع جوانبها الاجتماعية والقانونية باعتبار أن نظام الزكاة نفسه نظام عادل، راعي فيه الشارع الحكيم تحقيق العدالة والمساواة، — تجسيد الأخوة — ومجتمع التكافل والتعاون.

ومن مظاهر هذه العدالة رعاية الشرع لحقوق الفقراء وكذلك لحقوق الأغنياء، على عكس النظام الرأسمالي (قبل تأثيره بالفلسفات الاجتماعية) حيث يراعي دائمًا حقوق الأغنياء، والنظام الشيوعي أو الاشتراكي الذي يحطم الأغنياء بدعوى مساعدة الفقراء. بينما الإسلام أعطى حقوق الفقراء، ولكنه يراعي أيضًا حقوق الأغنياء من حيث اشتراط النصاب، وعدم ثني الزكاة، وعدم أخذ الأموال وأجودها، بل عليه أن يأخذ أو سطها، كما أعفى الأشياء المستخدمة من الزكاة كسيارته الخاصة، وفرسه، ومنزله الخاص ونحو ذلك، كما أنه لم يوجب الزكاة في الحيوانات العالفة.

ومن جانب آخر فإن نسبة الزكاة بسيطة جدًا وقليلة جدًا إذا قسناها بنسبة الضرائب التي قد تصل إلى ٩٪، فسعر الضرائب قد يكون مجحفًا جدًا بحقوق الممولين، كما أن النسبة التصاعدية لا توجد في الزكاة، بل بالعكس قد تقل النسبة فيها في بعض الموجودات الزكوية كلما كثرت، فمثلاً في أربعين شاة شاة واحدة إلى ٢٠٪.

كذلك يراعي الإسلام المساواة بين كل من له نصاب دون تفرقة. كما يراعي مدى الجهد البشري المبذول في تحصيل المال؛ حيث أوجب العشر

(١) د. عبد الكرييم: المرجع السابق (ص ٨٤ - ٨٥).

فيما سقى من الزروع والثمار بغير آلة، في حين أوجب نصف العشر فيما سقى بالآلة. كما راعى الظروف الشخصية لدافع الزكاة من خلال إعفاء الحد الأدنى لمعيشة الفرد ومن يعوله حيث يعتبر من الحاجيات الأصلية، كذلك إعفاء المدين عن الزكاة ماله إذا كان مستغرقاً بالدين، أو خصم ديونه عنه، وكذلك طرح النفقات والتكاليف حيث تكون الزكاة في صافي الربح، وكما راعى الإسلام العدالة في تشريع الزكاة وأحكامها، كذلك راعى العدل في تطبيقه، فحرص كل الحرص على اختيار العاملين عليها وتوجيههم، حيث يقول أبو يوسف لل الخليفة الرشيد: «فمُرْ يا أمير المؤمنين — باختيار رجل ثقة، أمين عفيف ناصح مأمون عليك وعلى رعيتك، فوله جمع صدقات البلدان، ومره فليوجه فيها قوماً يرتضيهم ويسأله عن مذاهبهم وطرائفهم وأماناتهم يجمعون إليه صدقات البلدان... وقد بلغني أن عمال الخراج يبعثون رجالاً من قبلهم في الصدقات فيظلمون ويعسفون ويأتون ما لا يحل ولا يسع، وإنما ينبغي أن يتخير للصدقة أهل العفاف والصلاح...»^(١).

وهذا التوجيه لل الخليفة الرشيد من بقى من أمر الرسول ﷺ عماله بالعدل والإنصاف حيث قال لأحد عماله: «اتق الله يا أبا الوليد، لا تأتي يوم القيمة ببعير تحمله له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة لها ثغاء»^(٢).

وهكذا جاءت الزكاة محققة للعدالة الحقيقة، ولا غرو في ذلك بأن تشريعها من عند الحكيم الخبير ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ الْطَّيِّبُ الْخَيْرُ﴾^(٣).

(١) الخراج لأبي يوسف، تحقيق د. محمد إبراهيم البناء، ط دار الإصلاح (ص ١٧٦).

(٢) الترغيب والترهيب، ط الحلبي (٥٦٣/١)، وقال: رواه الطبراني في الكبير، وإسناده صحيح، ويراجع فقه الزكاة (١٠٤٦/٢).

(٣) سورة الملك: الآية ١٤.

النسبة والتصاعدية بين الزكاة والضريبة :

في الضريبة يوجد شقان: شق نسبي يأن تفرض نسبة محددة على الشيء سواء كان كثيراً أم قليلاً مثل نسبة ١٥٪، والشق الثاني: التصاعدي يأن تفرض ضريبة تبدأ بنسبة مثل ٢٠٪ ثم تصاعد وتزداد مع زيادة الدخل أو الثروة وهي الأكثر في عصرنا الحاضر^(١).

وأما الزكاة فهي نسبة حيث إن نسبة الواجب في الزكاة ثابتة على الرغم من تغير كمية الثروة، أو الدخل الخاضع للزكاة، فهي فريضة نسبية، بل إن الإسلام خفف النسبة في الحيوان ولا سيما في الغنم حيث أوجب في أربعين شاة إلى ١٢٠ شاة واحدة، ثم في ١٢١ شاتين، ثم يصل الأمر بعد ٣٠٠ أن يكون الواجب في كل مائة واحدة ١٪.

وقد يثور التساؤل حول الحكمة في هذه النسبة في الزكاة؟ فأجاب فضيلة الأستاذ القرضاوي إجابات وافية نلخصها فيما يأتي :

أولاً: أن الزكاة فريضة دينية خالدة خلود الإنسان باقية بقاء الإسلام لا تتغير بتغير الظروف والأحوال، وأما الضريبة التصاعدية ففترضها الدولة لعلاج أوضاع خاصة، ولتحقيق أهداف خاصة.

ثمن إن الأوضاع الخاصة تعوض من خلال صلاحية أولي الأمر في فرض ضرائب تصاعدية أو نسبة حسب الحاجة (كما سيأتي).

ثانياً: أن الزكاة بالنظر إلى مصارفها وأوجهها التي تنفق فيها تتحقق أهداف الضريبة التصاعدية في تقرير الفوارق ورفع مستوى الطبقات الضعيفة.

ثالثاً: أن فكرة التصاعد لم تسلم من انتقادات كثيرة من جهة أن فئات

(١) د. عبد الكريم صادق: المرجع السابق (ص ٥٧).

التصاعد يتم تحديدها بطريقة تحكمية، كما أن فيه نوعاً من الظلم والتعسف بالأغنياء^(١).

رابعاً: أن الزكاة نظام إسلامي خاص له مميزاته الخاصة كما للضريبة مميزاتها الخاصة.

التهرب من الزكاة ومن الضريبة :

على الرغم من تشديد الحكومات في مجال التهرب من الضريبة، ومحاولات المشرعين الوضعيين سد كل التغرات، تشديد العقوبات وتقرير عددة ضمانات لمكافحة التهرب لما له من آثار خطيرة على الدولة لكنه مع ذلك لا تزال الحكومات المعاصرة تعاني من التهرب من الضرائب، ومن الحيل الكثيرة التي يستفيد منها أصحاب الأموال، بل يشارك فيها مكاتب المحاماة والمحاسبة والتدقيق من خلال ثغرات في القانون، ويطلق عليه «التهرب المشروع» وقد يكون التهرب عن طريق إقرار غير صحيح، أو نحو ذلك^(٢).

وأما الشريعة الإسلامية فقد وضعت ضمانات في غاية من الأهمية لدفع الزكاة، منها:

أولاً: ضمانات دينية وخلقية: حيث يشعر بأن الزكاة ليست علاقة بينه وبين الدولة بل علاقة بينه وبين ربه الذي لا تخفي عليه خافية، العليم الذي يعلم ما في الصدور من نيات وقصود، ولذلك يقدم على دفعها ابتعاء وجه الله تعالى، ولذلك لا يمكنه التهرب منه، بل يتسابق بدفعها حتى يؤدي هذا الواجب.

فالتربيـة الدينـية العـقـيدـية والأـخـلـاقـية من خـلـال نـصـوص الشـرـع تـرـبـيـ

(١) فقه الزكاة (٢/١٥٤).

(٢) د. بركات: المرجع السابق (ص ٨٦).

ال المسلم على هذا الأداء الطوعي ، وتجعله يحب ما عند الله تعالى أكثر من أي شيء آخر ، بل تجعله يؤثر ذلك على حاجيات نفسه ، وقد دلت السنة أن صحبة رسول الله ﷺ بعد أن رأوا هذه التربية كيف استجابوا لا وامر الله تعالى ونواهيه ، حيث قالوا جمیعاً : «انتهينا» حينما قال رب العالمين في الخمر :

﴿إِنَّمَا الْخَنْثُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَرْلَمُ يَرْجِسُونَ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَنِ فَاجْتَبَوْهُ لَعَلَّكُمْ تَقْرِبُونَ﴾
 ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَنُ أَنْ يُوْقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدُّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾^(١).

بينما لم تستطع أمريكا بتشريعاتها ووسائلها المتعددة في عام ١٩٢٩ إلى ١٩٣٣ أن تنفذ على شعبها منع الخمور بعد أن حرمها الكونجرس الأمريكي . وهكذا الأمر في الزكاة ؛ حيث نجد أمثلة رائعة في هذا المجال لدى الرعيل الأول ، فقد كان أصحاب الأموال يلحون في منح خيرة أموالهم طواعية إلى عمال الصدقة^(٢) .

ثانياً: الضمانات القانونية والتنظيمية : ولم يكتف الإسلام بالضمانات السابقة على الرغم من أهميتها وكفايتها ولا سيما في المجتمع المسلم ، وإنما أضاف إليها ضمانات قانونية وتنظيمية تضمن بها الدولة تحصيل الزكاة منعاً لضعفاء الدين أن يتهربوا منها وذلك من خلال تشريع ما يأتي :

(أ) الأمر بمعاونة الجباة وعدم إخفاء شيء منهم ، وإرضايهم دون تعسف وتجاوز للمقادير ، حتى عقد مسلم باب إرضاء السعاة ، فروى فيه بسنده عن جرير بن عبد الله قال : « جاء ناس من الأعراب إلى رسول الله ﷺ فقالوا : إن ناسا من المصدقةين (أي السعاة العاملين) يأتوننا فيظلموننا ، فقال

(١) سورة المائدة: الآياتان ٩٠ - ٩١ .

(٢) يراجع في معرفة هذه القصص الرائعة تفسير ابن كثير وكتب الصحاح والسنن ، وكذلك يراجع : فقه الزكاة (٢/٢ - ١٠٦٧ - ١٠٦٥) .

رسول الله ﷺ: «أَرْضُوا مَصْدِقِيكُمْ». قال جرير: ما صدر عنِي مصدق منذ سمعت هذا من رسول الله ﷺ إِلَّا وَهُوَ عَنِي رَاضٍ^(١).

(ب) إبطال الحيل في الزكاة وغيرها لقوله ﷺ: «إِنَّمَا الْأَعْمَالَ بِالنِّيَاتِ...»^(٢).

وقد استدل البخاري على بطلان الحيل بحديث أنس في فرائض الصدقة حيث قال: «إِنَّ أَبَا بَكْرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَتَبَ لَهُ التِّي فِرْضَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «وَلَا يَجْمِعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ وَلَا يَفْرَقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشِيَّةَ الصَّدَقَةِ»^(٣).

وقد نص الفقهاء على حرمة الحيل التي تؤدي إلى إسقاط واجب، أو فعل منكر، يقول أبو يوسف: «لَا يَحْلُّ لِلرَّجُلِ إِذَا كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ مِنْ الصَّدَقَةِ، وَلَا إِخْرَاجُهَا عَنْ مَلْكِهِ إِلَى مَلْكِ جَمَاعَتِهِ لِيَفْرَقُهَا بِذَلِكَ فَتُبْطَلُ الصَّدَقَةُ عَنْهَا... وَلَا يَحْتَالُ فِي إِبْطَالِ الصَّدَقَةِ بِوَجْهِهِ الْوَجْهِ»^(٤).

(ج) تقرير عقوبات مالية وجنائية على الممتنع عن الزكاة، فقد سلَّمَ الخليفة الأول السيف ضد الممتنعين عن الزكاة وقال قوله المشهورة: «وَاللَّهُ

(١) صحيح مسلم، كتاب الزكاة الحديث ٩٨٩، (٢/٦٨٥) ورواه أحمد في مستند (٤/٣٦٢).

(٢) حديث متفق عليه: انظر صحيح البخاري مع الفتح (١/٦٨٥)، ومسلم (١/١٥١٥)، وسنن أبي داود مع العون (٦/٣٨٤)، والنسائي (١/٥١)، وابن ماجه (٢/١٤٢٣).

(٣) صحيح البخاري - مع الفتح - الزكاة (٣١٤/٣).

(٤) الخراج، تحقيق د. البشّا (ص ١٧٥)، ويراجع: القواعد النورانية لابن تيمية (ص ٨٩)، وفقة الزكاة (٢/١٠٦٩).

لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال، والله لو منعوني
عنًا كانوا يؤدونها إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعها...»^(١).

وقد خاض حرباً في وقت حرج جدًا لأجل تنفيذ أحكام الله وحقوق
القراء، وبهذا فإن هذه الحادثة تعتبر الأولى من نوعها على مر التاريخ: أن
تخوض الدولة الحرب لأجل حقوق القراء، قال الشوكاني: «وقد وردت
أحاديث صحيحة قاصية بأن مانع الزكاة يقاتل حتى يعطيها...»^(٢).

ثم إن الممتنع الفرد إذا كان امتناعه لأجل عدم الإيمان بالزكاة فهو كافر
مرتد بالإجماع وحكم المرتد القتل لأنها مما علم في الإسلام بالضرورة،
وإن كان لغير ذلك فيجبر على الدفع ويقاتل بكل الوسائل المتاحة حتى
يدفعها، كما أن هذا الحق ثابت لا يسقط بالتقادم بل هو دين يدخل ضمن
ديون التركة.

وهنا يثور السؤال حول مدى تقرير العقوبة على من أخفى زكاته،
أو امتنع عن أدائها، فهل يعاقب؟

لا خلاف بين الفقهاء في جواز العقوبات التعزيرية في مثل هذه
المنكرات، ولكن الخلاف يثور في مدى جواز تقرير العقاب بالغرامة المالية؟
ذهب جماعة من الفقهاء^(٣) منهم الشافعي في القديم، وابن راهويه،
وأبو بكر الحنفي إلى جواز تغريمها؛ مستدلين بقول النبي ﷺ: «في كل إبل
سائمة: في كل أربعين ابنة لبون لا تفرق إبل عن حسابها، من أعطاها مؤتجراً

(١) صحيح البخاري – مع الفتح – كتاب الزكاة (٣/٢٦٢)، ومسلم (١/٣٨)، وسنن
الترمذني مع تحفة الأحوذى (٧/٣٣٣)، والنسائي – كتاب الجهاد (٦/٤ – ٧)،
ومسند أحمد (١٩/٣٥، ٢٦، ٤٧، ٤٨، ٥٢٨/٢، ٥٢٩).

(٢) نيل الأوطار، ط دار الجيل لبنان (٤/١٧٨).

(٣) المجموع للنووى (٥/٢٨٧)، والمغني لابن قدامة (٢/٢٧٢).

فله أجرها، ومن منعها فإنما أخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا...»^(١).

وهذا الحديث رواه أحمد والحاكم، والنسائي، وأبو داود، والبيهقي، وخالف في سنته، ولكنه ينھض حجة حيث صححه بعضُ، وحسنه آخرون، وهذا واضح في الدلالة على إقرار عقوبة مالية على الممتنع^(٢)، كما أن هناك أدلة أخرى من السنة على هذا المبدأ ليس هذا مجال بحثها^(٣) إضافة إلى جواز حبسه عملاً بقول النبي ﷺ: «مظل الغني ظلم»، وفي رواية يحل عرضه وعقوبته»^(٤).

هل يجوز للحاكم فرض الضريبة بجانب الزكاة؟

الجواب عن ذلك يحتاج إلى تفصيل وتأصيل، وهو:

* أولاً: أنَّ هناك فرائض مالية مشروعة منذ عصر الرسول ﷺ أو خلفائه الراشدين فرضاً من قبل الدولة المسلمة مثل العجزية والخارج والعشور على التجار غير المسلمين، هي في جوهرها بمثابة ضرائب مالية، فهذه الأنواع الثلاثة لا تحتاج فيها إلى اجتهاد لأنها ثابتة بالإنفاق، وكذلك الأمر في الخمس المفروض على الركاز الشامل للمعادن والكنوز إضافة إلى الفيء والغنائم. فهذه الأمور موارد مالية أخرى للدولة المسلمة لغطية

(١) مسند أحمد (٥/٤)، ونيل الأوطار (٤/١٧٩).

(٢) نيل الأوطار (٤/١٧٩).

(٣) نيل الأوطار (٤/١٨١).

(٤) انظر: صحيح البخاري مع الفتح (٤/٤٦٤)، ومسلم (٣/١١٩٧)، وسنن أبي داود مع العون (٩/١٩٥)، والترمذى مع التحفة (٤/٥٣٥)، وابن ماجه (٢/٢٠٣)، والسنن الكبرى (٦/٧٠)، والنسائي (٧/٢٧٨)، والأم (٢/٢٠٣)، وأحمد (٢/٤٦٣).

حاجياتها، ولتحقيق المجتمع الآمن الوعي السعيد.

وستلقي بعض الأضواء على بعض هذه الأنواع وهي:

(أ) **الجزية**: وهي المال المأخوذ من أهل الذمة كل عام مقابل بقائهم في دار الإسلام وحقوقهم المكتسبة بعد الذمة^(١) وهي تصرف مصرف الفيء، وتحوذ من الذكور البالغين العقلاء مرة واحدة كل سنة، وليس لها مقدار محدد، وإنما تقديرها يعود إلى اجتهاد الحاكم بما لا يؤدي إلى ظلم وحيف وإجحاف، وهذا قال به أحمد في رواية، وأبو عبيد، والثوري. وذهب آخرون منهم أبو حنيفة والشافعي إلى أنها مقدرة بمقدار لا يزيد عليه ولا ينقص، بحيث يؤخذ من كل بالغ عاقل دينار، أو عدل، بينما ذهب رأي ثالث إلى أن أقلها مقدر بدينار وأكثرها غير مقدر، وهذا اختيار أبي بكر الحنفي^(٢).

فهذا النوع بمثابة الضريبة النسبية، أو التصاعدية، حسب اجتهاد الحاكم على الرأس، وحكم الجزية ثابت بالكتاب والسنة والإجماع كما هو معروف.

(ب) **الخارج**: وهو ما يوضع على رقب الأرض من حقوق تؤدي إلى عنها^(٣)، وقد ذكر الماوردي أوجه الاشتراك والاختلاف؛ حيث من أوجه الاشتراك أنَّ كلاً منها مأخوذ من كافر ويصرف في مصارف الفيء، ولا يستحق إلَّا بحلول الحول، وأما أوجه الاختلاف فهي أنَّ الجزية ثبتت بالنص، والخارج ثبت باجتهاد، وأنَّ الجزية تسقط بالإسلام، والخارج

(١) انظر: الغاية القصوى (٩٥٥/٢)، والروضة (٢٩٩/١٠)، وفتح القدير (٣٧١/٤)، والبحر الرائق (٥/١٢٠)، والأحكام السلطانية للماوردي ط التوفيقية (ص ١٦٦ – ١٦١).

(٢) المعني لابن قدامة (٨/٥٠١ – ٥٠٣).

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي (ص ١٦٦).

يؤخذ مع الكفر والإسلام، وأنَّ الجزية على الرؤوس، والخرج على رقبة الأرض^(١).

فالحكمة من وضع الخراج هو أن تبقى الأرض المفتوحة بأيدي أصحابها ليزرعواها ويعمروها، وفي ذلك فوائد كثيرة عليهم حيث تبقى بأيديهم مصادر رزقهم، ويصبح خراجها مصدرًا ثابتاً من مصادر تمويل الدولة، وبذلك يكون لبيت المال دخل جيد ثابت — تقريباً — يستعين به لتحقيق المجتمع الإسلامي المتكافل القوي، إضافةً إلى إبقاء المجاهدين على جهادهم كقوة عسكرية لا تستغل بالأرض بل تتفرَّغ للجهاد، فضلاً عن رعاية الخبرات لأصحاب الأرض وعدم التفريط بها.

وقد ثبت الخراج باجتهاد من عمر رضي الله عنه ووافق عليه الصحابة بعد حوار ونقاش عندما تمَّ فتح سواد العراق؛ حيث رأى أن لا توزع الأرض المفتوحة بل تبقى بأيدي أصحابها (يكونون عمار الأرض فهم أعلم بها)^(٢)، وخالفه بعض الصحابة في البداية وعلى رأسهم بلال، ثم اهتدى عمر رضي الله عنه إلى آيات الحشر من قوله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَىٰ فَلَلَّهِ وَلِرَسُولِهِ وَلَا يَرْجُوا نَفْسَهُ رَبِّنَا أَغْفِرْ لَنَا وَلَا يَحْزُنْنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا يَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلَّا لِلَّذِينَ أَمَنُوا رَبِّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾^(٣)، فوجد فيها الدلالة الواضحة على ضرورة رعاية حقوق الأجيال اللاحقة، وهذه الرعاية إنما تتحقق بإبقاء الأرض المفتوحة للدخل الدائم المستمر لاستفادة منه كل جيل، حيث قال عمر بعد أن تلا عليهم آيات الحشر: قد أشرك الله الذين يأتون من بعدهم في هذا الفيء، فلو

(١) الأحكام السلطانية (ص ١٦٦).

(٢) الخراج (ص ٦٧).

(٣) سورة الحشر: الآيات ٧ - ١٠.

قسمته لم يبق لمن بعدهم شيء، ولئن بقيت ليبلغن الراعي بصنعاء نصيبه من هذا الفيء ودمه في وجهه^(١)، وقد بين عمر رضي الله عنه، الغرض من وضع الخراج وهو أن تكون حصيلة ما تجبي للدفاع والجهاد والخدمات العامة ولتحقيق التكافل الاجتماعي حيث قال: فإذا قسمت أرض العراق بعلوچها وأرض الشام بعلوچها، فما يسد به الثغور؟ وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره...^(٢).

اجتماع الزكاة والخارج:

يتصور هذا الاجتماع في حالة ما إذا أسلم صاحب الأرض الخارجية، أو اشتراها مسلم أو استأجرها، فهل تؤخذ منه زكاة وخارج؟

اختلف فيه الفقهاء، فذهب الجمhour من (المالكية والشافعية والحنابلة)^(٣) إلى جواز اجتماع الزكاة والخارج؛ لأنهما حقان مختلفان من حيث الأساس والمصرف؛ حيث الخارج مفروض على الأرض ويصرف مصارف الفيء، والزكاة مفروضة على ما يستخرج منها من زروع وثمار.

وذهب الحنفية إلى عدم جواز الجمع بينهما؛ حيث يظل الخارج هو الأساس، فإذا دفع المسلم الخارج على أرضه الخارجية سقطت عنه الزكاة^(٤)، واستدلوا بحديث: «لا يجتمع عشر وخارج في أرض مسلم»^(٥).

(١) انظر هذه المسألة بالتفصيل في: *الخارج لأبي يوسف* (ص ٦٧ – ٧٢).

(٢) *الخارج* (ص ٦٩).

(٣) *حاشية الدسوقي*، والمجموع (٥/٤٥٤)، والبدائع (٢/٣٥٣).

(٤) *فتح القدير* (٣/١٤)، والخارج لأبي يوسف (ص ١١٥)، والحكام السلطانية للماوردي (ص ١٧١).

(٥) قال الزيلعي في نصب الراية، ط المكتبة الإسلامية (٣/٤٤٢): رواه ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة... وهو منكر الحديث.

ولسنا هنا بقصد عرض أدلة الطرفين ومناقشتها، لكن الذي يظهر رجحانه هو قول الجمهور؛ لأنَّ الخراج والزكاة أمران مختلفان فلا يعني أحدهما عن الآخر، والحديث الذي استدلَّ به الأحناف حديث ضعيف لا ينهض حجة؛ لأنَّ فيه يحيى بن عنبسة، قال الحافظ الزيلاعي : قال ابن عدي : يحيى بن عنبسة منكر الحديث، وإنما يروى هذا من قول إبراهيم .. فجاء يحيى فأبطل فيه، ووصله إلى النبي ﷺ مكشوف الأمر في ضعف لرواياته عن الثقات الموضوعات، انتهى . وقال ابن حبان : ليس هذا كلام رسول الله ﷺ، ويحيى بن عنبسة دجال يضع الحديث لا تحل الرواية عنه .. وقال الدارقطني : يحيى هذا دجال يضع الحديث .. وذكره ابن الجوزي في الموضوعات^(١).

والخراج كان منذ عهد عمر رضي الله عنه يؤخذ سنويًا من الأرض مع قطع النظر عن إنتاجها؛ حيث يؤخذ على جريب، وهذا يسمى بخراج الوظيفة، ثم حدثت ظروف وتغيرات دفعت الخليفة أبو جعفر المنصور إلى القول بخراج المقاومة بأن تأخذ الدولة جزءًا شائعاً من غلة الأرض مثل الربع، والخمس، ونحوهما، ويتكرر هذا الواجب بتكرر الزراعة^(٢)، وهذا يدل على أنَّ تقدير الخراج منوط باجتهاد الإمام حسبما يتحقق من مصلحة.

(ج) ضريبة التعشير أو العشور في التجارات : التعشير لغة: من عشر، بتشديد الشين، فيقال: عشر المال أي أخذ عشره، وأصله من عشر

(١) نصب الراية (٤٤٢/٣)، ويراجع المجموع (٤٥٥/٥).

(٢) ذكر الماوردي في الأحكام السلطانية (ص ١٦٧)، أنَّ عمر رضي الله عنه ضرب على جريب من الكرم والشجر الملتَف عشر دراهم، ومن التخل ثمانية دراهم، ومن قصب السكر ستة دراهم، ومن الرطبة خمسة دراهم، ومن البر أربعة دراهم، ومن الشعير درهمين . انظر: الأحكام السلطانية، لأبي يعلى (ص ١٦٢).

يعشر عشرًا وعشورًا، أي أخذ واحدًا من عشرة، ويقال: عشر المال عشورًا، أي أخذ عشرة مكشّا فهو عاشر، وله معانٌ أخرى^(١).

والعشور والتعشير، والأعشار في الاصطلاح يقصد به ما يؤخذ على أموال التجارة التي يأتي بها غير المسلمين إلى بلاد المسلمين^(٢).

وكان أول من شرع العشور على أموال التجارة التي يأتي بها غير المسلمين سيدنا عمر رضي الله عنه، يقول أبو يوسف: كتب أبو موسى الأشعري إلى عمر بن الخطاب: أن تجّاراً من قبلنا من المسلمين يأتون أرض الحرب فيأخذون منهم العشر؟ قال: فكتب إليه عمر: فخذ أنت منهم كما يأخذون من تجّار المسلمين، وخذ من أهل الذمة نصف العشر، ومن المسلمين من كل أربعين درهماً...^(٣).

وهذا الأثر يدل على مشروعية الضريبة على التجارة بحيث توضع على تجارة غير المسلمين يأتون من الخارج العشر ١٠٪، وعلى تجارة الذميين نصف العشر ٥٪ وعلى تجارة المسلمين الزكاة. كما يدل على المعاملة بالمثل، فإذا كانت الدول غير الإسلامية تضع على تجارتنا أكثر فلنا الحق أن نضع على تجارتها أكثر، وقد بين أبو يوسف بأن البداية كانت من أهل منهج - قوم من أهل الحرب وراء البحر - كتبوا إلى عمر بن الخطاب فقالوا: دعونا ندخل أرضك تجّاراً وتعشّرنا، قال: فشاور عمر أصحاب رسول الله ﷺ في ذلك فأشاروا عليه به، فكان أول من عشر من أهل الحرب^(٤).

(١) يراجع: المعجم الوسيط (٦٠٢/٢)، ولسان العرب، مادة (عشر).

(٢) يراجع: الخراج لأبي يوسف (ص ٢٧١)، والأحكام السلطانية للماوردي (ص ٢٠٨).

(٣) الخراج (ص ٢٧٥ - ٢٧٦).

(٤) الخراج (ص ٢٧٦).

ولا شك أن هذا الاجتهاد العمري الذي وافق عليه الصحابة يعد أصلًا عظيمًا في العلاقات التجارية الدولية وفي تبنيتها، وفي ترسیخ موازين العدل والمساواة والمعاملة بالمثل بما يحقق الخير للجميع، وفي دعم الاقتصاد الإسلامي حيث يصرف ما يجبى منها مصرف الفيء.

(د) الضريبة على الركاز (المعادن والكنوز) وما تخرجه البحار:

فقد فرض رسول الله ﷺ الخمس في الركاز فقال: «وفي الركاز الخمس»^(١). وهو يشمل على الراجح المعادن بجميع أنواعها السائلة والصلبة، الظاهرة والباطنة، ويشمل الكنوز أيضًا^(٢).

وعلى ضوء ذلك فما تخرجه الأرض من أثقالها ومعادنها وكنوزها للإمام الحق في فرض ضريبة الخمس، يقول أبو يوسف: وفي كل ما أصيب في المعادن من قليل، أو كثير الخمس. فاما الركاز – وهو الذهب والفضة الذي خلقه الله في الأرض يوم خُلقت – ففيه أيضًا الخمس، ومن أصاب كنزًا عاديًا في ملك أحد فيه ذهب أو فضة، أو جوهر أو ثياب فإن في ذلك الخمس^(٣)، ويقول أبو يوسف فيما يخرجه البحر: فإن فيما خرج من البحر من الخلية والعنبر الخمس^(٤)، وترجم البخاري باب ما يستخرج من البحر، ثم نقل قول الحسن: في العنبر واللؤلؤ الخمس، فإنما جعل

(١) الحديث متفق عليه، صحيح البخاري – مع الفتح – (٣٦٣/٣)، ومسلم (١٣٣٤/٢)، والترمذني (٤٢٩/٤)، وأبو داود – مع العون – (٣٢١/٨)، والموطأ (ص ١٧٠)، والدارمي (١/٣٣١)، والسنن الكبرى (٤/١٥٢).

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي (ص ١٢٦)، والأحكام السلطانية لأبي يعلى (ص ١٢٧).

(٣) الخراج (ص ٦٤ – ٦٥).

(٤) الخراج (ص ١٥١).

النبي ﷺ في الركاز الخامس^(١).

فهذه الأنواع السابقة – من الجزية والخراج والعشور وخمس الركاز – وإن كان لها أسماؤها الخاصة، لكنه لا مانع من تسميتها بالضرائب، إذ هي تتفق معها في جوهرها وهدفها مع ملاحظة أنَّ لكل نظام خصائصه ومميزاته، ولذلك الأفضل إبقاءها على مصطلحاتها، ومن هنا فإنَّ الدولة الإسلامية لها الحق في الأخذ بهذه الوسائل المقرَّرة لتحصيل الأموال وتوفيرها، بل عليها شرعاً أن تبحث جاهدة لِإحياءها وتنفيذها.

* ثانياً: فرض ضرائب جديدة بجانب الزكاة ليس لها سابقة عملية منذ الرسول ﷺ والخلافة الراشدة، فهل للدولة الإسلامية الحق في فرضها؟

هذا ما ثار فيه خلاف بين الفقهاء قديماً وحديثاً بين رافض مانع، ومجيز بشروط وضوابط، ويمكن التعبير عنه من خلال السؤال الآتي: (هل في المال حق سوى الزكاة)، أو هل يعفي دفع الزكاة صاحب المال من أية التزامات مالية أخرى، أم أنها هي الحق الأساسي، ولا مانع من تشريع حقوق أخرى بجانبها؟

وسبب الخلاف الأساسي يرجع إلى نصوص متعارضة في ظاهرها، حيث إنَّ بعضها يدل على أنَّه ليس في المال حق واجب سوى الزكاة، مثل حديث الأعرابي الذي سُأله عن الزكاة ثم قال: هل على غيرها؟ قال ﷺ: «لا، إلَّا أن تطوع»، ومع ذلك شهد له الرسول ﷺ بالفلاح والفوز بالجنة^(٢)، كما استدلوا بحديث ورد مرة بلفظ: «ليس في المال حق سوى الزكاة»، لكنه

(١) صحيح البخاري – مع الفتح – (٣٦٢/٣).

(٢) صحيح البخاري – مع الفتح – (٣٦١/٣)، ومسلم (٤١ – ٤٠/١).

حديث ضعيف جدًا ومردود، بل فيه خطأ وتحريف^(١).

ولكن بجانب هذه النصوص توجد نصوص أخرى تدل على أنَّ في المال حَقًا سوى الزكاة، حيث استدلوا بقوله تعالى: ﴿لَيْسَ الِّرَّأْيُ أَنْ تُؤْلُمُ
وُجُوهَكُمْ فِيَلَّالْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الِّرَّأْيَ مَنْ عَامَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلِئَكَةُ
وَالْكِتَابُ وَالْتَّيْمَنَ وَعَوْنَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ، دُوَيِ الْفَرِبَّ وَالْيَسْمَى وَالْمَسْكِينَ وَابْنَ
السَّبِيلِ﴾^(٢). وقد استدلَّ بهذه الآية على أنَّ في المال حَقًا سوى الزكاة الترمذى، والطبرى، وغيرهما^(٣)، كما استدلوا بالأيات والأحاديث الواردة في حق الزرع عند الحصاد ما عدا زكاته، وحقوق الأنعام والخيل، وحق الضيف، وحق الماعون، ووجوب التكافل بين المسلمين^(٤)، وقد دافع ابن حزم دفاعًا مستفيضًا عن هذا الرأى فناقش المخالفين ورد على أدلةهم، ثم أورد من النصوص ما يدل عليه^(٥).

وهذا الرأى هو الأولى بالترجيح والقبول، فإذا ثبت هذا فتنتقض قاعدة

(١) قال النووي في المجموع (٥/٣٣٢): (إِنَّ حَدِيثَ ضَعِيفٍ جَدًا لَا يَعْرَفُ، وَيَقُولُ الْبَيْهَقِيُّ فِي السِّنْنِ (٤/٨٤): وَلَسْتُ أَحْفَظُ فِيهِ إِسْنَادًا، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ الْحَافِظُ الْعَرَبِيُّ بِرَوَايَةِ ابْنِ مَاجِهِ فِي سَنْتِهِ بِهَذَا الْلَّفْظِ، وَلَكِنَّ الْحَافِظَ أَبَا زَرْعَةَ بَيْنَ أَنَّهُ عَنْ ابْنِ مَاجِهِ بِلْفَظِ: (فِي الْمَالِ . . .)، وَفِي بَعْضِ نَسْخِهِ لَيْسَ فِي الْمَالِ . . . وَقَدْ أَوْضَحَ الشَّيْخُ أَحْمَدُ شَاكِرُ فِي تَعْلِيقِهِ عَلَى الْأَثْرِ (٢٥٣٠) مِنْ تَفْسِيرِ الطَّبَرِيِّ (٣٤٣/٣) أَنَّ لَفْظَ (لَيْسَ) زَيَّدَ عَنْ طَرِيقِ النَّسَاخَ، ثُمَّ شَاعَ الْخَطَأُ بَعْدَهُ، وَأُورِدَ عَلَى ذَلِكَ أَدَلَّةً مُقْنَعَةً فَلِيَرَاجِعَ، وَانْظُرْ: فَقْهُ الزَّكَاةِ (٢/٩٦٦).

(٢) سورة البقرة: الآية ١٧٧.

(٣) تفسير الطبرى بتحقيق الشيخ أَحْمَدُ شَاكِرُ (٣٤٣/٣ - ٣٤٤).

(٤) فقه الزكاة، حيث أفاد فى الأدلة والنقاش، ووصل إلى ترجيح القول الأخير بأنَّ في المال حَقًا سوى الزكاة (٢/٩٦٤ - ٩٩٤).

(٥) المحتوى (٥/٢١٦ - ٢١٧).

المخالفين، في حصر حقوق المال في الزكاة، وبالتالي يفتح لنا باب جواز فرض الضرائب مع الزكاة لرعايـة مصالح الأمة، وتغطـية النفقات العامة للدولة بضوابط وشروط، وهذا ما عليه بعض المعاصرـين ودافع عنه الشيخ القرضاـوي، ورد على المخالفـين الذين ينـفون وجود حق مالـي آخر على المال سـوى الزـكـاة.

ونحن نوجز أدلة الفريقين مع المناقشة والترجيح:

استدلَّ النافون لجواز فرض ضرائب جديدة مع الزكاة، بما يأتي:

أوَّلًا: أنَّ المشهور عند الفقهاء أنَّ لا حقَّ في المال سوى الزكاة بدليل بعض النصوص الدالَّة على ذلك كما سبق، وبالتالي فلا يجوز فرض الضريبة على المال.

ثانياً: أنَّ الإِسلام احترم الملكية الخاصة وصانها من الاعتداء، ويدل على ذلك نصوص كثيرة من الكتاب والسنَّة، فقال الرسول ﷺ: «إِنَّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا...»^(١)، وقوله: «من قُتِّل دون ماله فهو شهيد»^(٢).

وَلَا شَكَّ أَنَّ فِرْضَ الضرِبَةِ عَلَى الْمَالِ اعْتِدَاءٌ عَلَى هَذِهِ الْمُلْكِيَّةِ بِدُونِ دَلِيلٍ شَرِعيٍّ :

ثالثاً: أنَّ الرسول ﷺ قد ذمَّ أهل المكس وهو الضربيَّة، حيث قال ﷺ: «إِنَّ صاحبَ الْمَكْسِ فِي النَّارِ»⁽³⁾، وقال أيضًا: «لَا يَدْخُلُ الْجَنَّةَ

(١) الحديث رواه البخاري - مع الفتح، كتاب العلم - (١/١٩٩)، ومسلم، كتاب القسامية (٣/٣٥٠)، وأحمد (٤/٧٦)، وابن ماجه (٥/٣٠).

(٢) رواه البخاري - مع الفتح، كتاب المظالم - (١٢٣/٥)، ومسلم، كتاب الإيمان
(١٢٤/١)، وأحمد (٢/١٦٣، ٢١٧، ٢، ٦، ٣٢١).

(٣) رواه أَحْمَدُ مِنْ رِوَايَةِ أَبْرَهْ لِهَمَّةِ (٤/٩٠).

صاحب مكس»^(١)، وقال أيضاً في توبه المرأة الغامدية الزانية: «لو تابها صاحب مكس لغفر له»^(٢)، فهذه الأحاديث تدل على أنَّ المكس إثم عظيم، وهو الضريبة المفروضة على الأموال، وكذلك وردت أحاديث وإن كانت ضعيفة لكنها يقوّي بعضها بعضاً في عدم جواز العشور على تجارة المسلمين، منها ما رواه الطبراني في الكبير بسنده عن النبي ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ يَدْنُو مِنْ خَلْقِهِ فَيَغْفِرُ لِمَنْ يَسْتَغْفِرُ إِلَّا لِغَيْرِ بَرْجَهَا، أَوْ الْعَشَارِ»^(٣)، قال ابن الأثير: المكس الضريبة التي يأخذها الماكس، وهو العشار^(٤)، قال الحافظ المنذري: أما الآن فإنهم يأخذون مكساً باسم العشر ومكوساً آخر ليس لها اسم، بل شيء يأخذونه حراماً وسحتاً...^(٥)، وقد وردت أحاديث أخرى^(٦) بلفظ: «إِنَّمَا الْعَشَارَ عَلَى الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى»^(٧).

ويمكن أن تناقش هذه الأدلة بأنَّ الدليل الأول قد ذكرناه في السابق من أنَّ سنته ضعيف، وأنَّ الدليل الثاني لا يدل على المطلوب؛ لأنَّ احترام الملكية لا يتنافي مع فرض حقوق أخرى تعود آثارها بالمصلحة والخير على المجتمع الذي يشمل صاحب المال نفسه، وأنَّ الدليل الثالث يدل على حرمة المكس والعشر الذي فيه ظلم وتعسُّف وإجحاف وبدون حق وضوابط، ولا سيما أنَّ كلمة (المكس) قد ارتبطت منذ قديم الزمان بالأتوات والضرائب

(١) رواه أبو داود — مع العون، كتاب الإمارة — (١٥٦/٨)، والدارمي، كتاب الركاة

(٢) وأحمد (٤/١٤٣، ١٥٠)، (٤/٣٣٠).

(٣) صحيح مسلم، كتاب الحدود (٣/١٣٢٣).

(٤) النهاية في غريب الحديث (٤/١١٠).

(٥) الترغيب والترهيب (١/٥٦٧).

(٦) سنن أبي داود مع العون (٨/٢٩٩).

(٧) رواه أحمد (٣/٤٧٤).

الجائرة التي كانت تفرض بالقوة وتجبى بالسياط وتصرف لمصالح الإمبراطور أو الحاكم وحده دون رعاية مصالح الفرد والأمة، ولذلك جاء في «البحر الرائق» أنَّ ما ورد من ذم (العشار) محمول على من يأخذ أموال الناس ظلماً، كما يفعله الظلمة اليوم^(١)، وقال الذهبي: (المكاسب من أكبر أعوان الظلمة، بل هو من الظلمة أنفسهم، فإنه يأخذ ما لا يستحق، ويعطيه لمن لا يستحق^(٢)).

وأما حديث رفع العشور عن المسلمين فقال الشيخ القرضاوي: ومع أنه لم يصح، ليس صريحاً الدلالة على ما قالوه، بل له أكثر من معنى صحيح يمكن حمله عليه بدون تكليف، أو اعتساف...، فالمراد برفع العشور إذن هو تخفيف النسبة الواجبة عليهم من العشر الذي كان يأخذه ملوك العرب والعجم في الجاهلية إلى ربع العشر^(٣).

وأما أدلة المجيزين لفرض ضرائب بجانب الزكاة فهي:
أولاً: أنَّ التضامن الاجتماعي فريضة تدل عليه النصوص الكثيرة من الكتاب والشَّرِّفَةَ – كما سبق – .

ثانياً: أنَّ مصارف الزكاة محدودة ونفقات الدولة كثيرة. فالزكاة لها مقدارها الخاص، ومصاريفها الخاصة فلا تخلط بباقي أموال الدولة، بينما الدولة تحتاج إلى أموال كثيرة للدفاع وال الحرب، والبحوث العلمية والتقديم التكنولوجي، ولتحقيق مجتمع العدالة والتعاون والتضامن والتكافل، ولا سيما في عصرنا الحاضر الذي نسب فيه مورد الغنائم والفيء، لقد ذكر فقهاء الشافعية أنَّ رواتب الجندي المرتزقة لا تؤخذ من الزكاة، وإنما تكون من بيت

(١) البحر الرائق (٢٤٩/٢).

(٢) الكبائر (ص ١١٩).

(٣) فقه الزكاة (٢ ١٠٩٦ – ١٠٩٧).

المال، وإذا لم يوجد فيه فيلزتم أغنياء المسلمين إعانتهم من غير مال الزكاة^(١)، يقول النووي: أظهرهما – أي القولين – لا يعطى المرتزقة من الزكاة من سهم سبيل الله، بل تجب إعانتهم على أغنياء المسلمين^(٢).

ثالثاً: قواعد الشريعة كقاعدة (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) وقاعدة رعاية المصالح ودرء المفاسد، وقاعدة الغرم بالغنم، حيث الفرد يستفيد من وجود الدولة وقوتها وهيبتها، فلا بد أن يكون له مقابل^(٣).

رابعاً: ما ذكره القرآن وأقره حول عرض الشعب الخراج والضريبة الزائدة لحماية الأمة، فقال تعالى: «قَالُوا يَنْدَأُ الْقَرْيَنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَاجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَحْمِلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَحْمِلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًا»^(٤)، يقول القاضي ابن العربي: وعلى الملك فرض أن يقوم بحماية الخلق في حفظ بيضتهم وسد فرجتهم، وإصلاح ثغرهم من أموالهم التي تفيء عليهم.. حتى لو أكلتها الحقوق وأنفذتها المؤن واستوفتها العوارض لكان عليهم جبر ذلك من أموالهم..^(٥)، قال الشوكاني: قال الأزهري: الخراج يقع على الضريبة، ويقع على مال الفيء.. وعلى الجزية، وعلى الغلة، قال قطرب: الخراج الجزية، والخراج في الأرض، وقيل: الخرج ما يخرجه كل أحد من أمواله، والخراج ما يجيئه السلطان..^(٦).

(١) فقه الزكاة (٢/١٠٧٣) وما بعدها.

(٢) الروضة، ط المكتبة الإسلامية (٢/٢٢١).

(٣) فقه الزكاة (٢/١٠٧٥).

(٤) سورة الكهف: الآية ٩٤.

(٥) أحكام القرآن لابن العربي، ط دار المعرفة، بيروت (٣/١٢٤٨)، ويراجع: التفسير الكبير للرازي، ط دار إحياء التراث العربي (٢١/١٦٩ – ١٧١).

(٦) فتح القدير للشوكاني، ط عالم الكتب، بيروت (٣/٣١٢).

خامسًا: الأدلة التي ذكرناها في أنَّ في المال حقًّا سوى الزكاة.

الترجيح:

والذي يظهر لنا رجحانه هو أنَّ الأصل عدم جواز فرض ضرائب، ولكنه يُستثنى من هذا الأصل حالات الضرورة وال الحاجة الملحة للدولة المسلمة مع ضرورة توافر ضوابط العدالة والمساواة وعدم الجور والاعتساف والإجحاف، وبذلك نجمع بين الأدلة المتعارضة في ظاهرها حيث يدل بعضها على جواز ذلك مطلقاً وبعضها على المنع، وذلك بأن تُحمل أدلة المنع على حالات عدم الحاجة والظلم والجور والاعتساف، وأدلة الجواز على حالات الحاجة مع ضوابط العدل والمساواة والإنصاف، يقول السرخسي: ما روي من ذم العشار فمحمول على من يأخذ مال الناس ظلماً كما هو في زماننا دون ما يؤخذ ما هو حق^(١).

وقد أكَّد فقهاؤنا هذا الأصل والاستثناء حيث يقول صاحب المعيار المعرُب في جواب سؤال حول حكم فرض الخراج على الرعية: (إنَّ الأصل أن لا يطالب المسلمون بمعارم غير واجبة بالشرع، وإنما يطالبون بالزكاة وما أوجبه القرآن والسُّنَّة كالفيء، والركاز، وإرث من يرثه بيت المال، وهذا ما يمكن به حمل الوطن، وما يحتاج له من به حمل جند، ومصالح المسلمين، وسد ثلم الإسلام.. فإذا عجز بيت المال عن أوراق الجندي وما يحتاج إليه من آلَّه حرب وعدَّة فيوزع على الناس ما يحتاج إليه من ذلك، وعند ذلك يخرج هذا الحكم ويستنبط من قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَادَا الْقَرْبَتَيْنِ إِنَّ يَاجُونَ وَمَا يَجُونَ مُقْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ يَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا﴾^(٢)، لكن لا يجوز هذا إلَّا بشرطٍ..^(٣).

(١) المبسوط (٢/١٩٩).

(٢) سورة الكهف: الآية ٩٤.

(٣) المعيار المعرُب، ط دار الغرب الإسلامي، بيروت (١١/١٢٧ - ١٢٨).

وهنالك فتوى شبه جماعية في مذهب مالك حيث جمع الأمير العادل يوسف بن تاشفين (٤١٠ - ٥٥٠ هـ) العلماء والقضاة في المغرب وبينهم أبو الوليد الباقي، وعرض عليهم حاجة الدولة إلى أموال إضافية من أجل تجهيز الجيوش ومدافعة الأعداء وعدم وجود المال الكافي في بيت المال، فأجازوا له أن يأخذ من أموال المسلمين ما يفي بذلك^(١)، وقد حدث مثل ذلك في أيام قطز بمصر حينما أراد التجهيز لقتال التتار حيث جمع القضاة والفقهاء والأعيان لمشاورتهم فيأخذ الأموال ليستعملن بها على جهادهم، وكان من بينهم القاضي بدر الدين السنجاري قاضي قضاة الديار المصرية، وحضره الشيخ عز الدين بن عبد السلام، فتناقشوا في الأمر فانتهوا إلى ما قاله العز من أنه إذا طرق العدو بلاد الإسلام وجب على العالم قتالهم، وجاز لكم أن تأخذوا من الرعية ما تستعينون به على جهادكم بشرط أن لا يبقى في بيت المال شيء، وتبعوا ما لكم من الحوائص^(٢) المذهبة والآلات الفاسدة، ويقتصر كل الجندي على مركوبه وسلاحه، وتساوا هم وال العامة، أما أخذ الأموال من العامة مع بقایا ما في أيدي الجندي من الأموال والآلات الفاخرة فلا^(٣)، وتكرر هذا الموقف للإمام النووي مع الظاهر بيبرس^(٤).

ونرى مثل هذه الفتاوي المترنة لدى فقهائنا الذين تطرّقوا لمثل هذه

(١) السير الكبير مع شرحه (١٢٩/١).

(٢) وفيات الأعيان (١١٨/٦)، ويراجع الملكية للدكتور العبادي، ط الأقصى بعمان (٢٩٣/٢).

(٣) الحوائص: هي الألبسة المذهبة الغالية التي يخلعها السلطان على أمرائه وأعوانه. انظر: لسان العرب، مادة (حوص).

(٤) النجوم الزاهرة، ط وزارة الثقافة المصرية (٧٢/٧ - ٧٣).

القضية مثل: الغزالى^(١)، والشاطبى^(٢)، والجويني^(٣)، والقرطبى^(٤)، وابن العربي^(٥)، والشوكانى^(٦)، وغيرهم، حتى قال إمام الحرمين^(٧): فإذا كانت الدماء تسيل على حدود الظبات — السيف — فالأموال في هذا المقام من المستحررات، وأجمع المسلمون على أنه إذا اتفق في الزمان مضيئون فقراء مملقون تعين على الأغنياء أن يسعوا في كفايتهم، وكذلك اتفقوا كافة على وجوب بذل الأموال.. في جهات فروض الكفایات، فلا ح على أبلغ وجه في الإيضاح أنه يجب على الأغنياء في هذا القسم أن يبذلوا فضلات أموالهم.. حتى تتجلى هذه الدهنية، أي احتلال الكفار لديار الإسلام وتنكشف الفتنة المارقة الطاغية.

الشروط المطلوبة لفرض الضرائب:

ومع التأكيد على أنَّ الأصل هو عدم إباحة فرض الضرائب والاستثناء هو جوازها، لا بدَّ أن يكون هذا الاستثناء في إطار الشروط والضوابط التالية، وهذا ما أكَّده فقهاؤنا المحققون، يقول القاضي ابن العربي^(٨): وذلك — أي أخذ الأموال من الرعية — بثلاثة شروط:

الأول: ألا يستأثر بشيء عليهم.

(١) فقه الزكاة (٣/١٠٨٠ — ١٠٨١).

(٢) المستصفى (١١/٣٠٣).

(٣) الاعتصام (٢/١٠٤).

(٤) غياث الأمم في التباث الظلم. تحقيق د. عبد العظيم الدibe. طبعة مصر.

(٥) تفسير القرطبى، المسئى: الجامع لأحكام القرآن (١١/٦٠).

(٦) أحكام القرآن (٣/١٣٤٨).

(٧) السيل الجرار (٤/٥٢٠).

(٨) غياث الأمم (ص ٢٥٩ — ٢٦٠).

الثاني: أن يبدأ بأهل الحاجة منهم.

الثالث: أن يسوّي في العطاء بينهم على مقدار منازلهم.

وذكر الونشريسي خمسة شروط نذكرها فيما بعد، وقسم إمام الحرمين^(١)

الأحوال إلى ثلاث حالات: حالة احتلال الكفار لديار الإسلام، وحالة الاستشعار بالخطر الداهم، وحالة الحاجة إلى المال لاستمرار الجهاد والدفاع.

ويمكن تلخيص الضوابط والشروط المطلوبة فيما يأتي:

- ١ - الحاجة الحقيقة إلى المال بأن لا توجد موارد كافية لدى الدولة، فلو كان في بيت المال ما يقوم به لم يجز.
- ٢ - أن تصرف الدولة في المال بالعدل، بأن توزع الأعباء بالعدل.
- ٣ - أن تصرف بحسب المصلحة وال الحاجة والعدل.
- ٤ - أن يكون الغرم على من كان قادرًا من غير ضرر ولا إجحاف، أي أن يقتصر فرضها على القادرين دون المحتاجين.
- ٥ - أن يتقدّم هذا في كل وقت، فإذا انتفت الحاجة أزيلت الضريبة، وبعبارة أخرى أن يكون فرضها مؤقتًا مقيّدًا بال الحاجة.
- ٦ - موافقة أهل الشورى على فرض الضرائب.
- ٧ - عدم احتساب هذه الضرائب من الزكاة؛ لأن مصارفهما مختلفة، فالضرائب حتى ولو كانت عاجلة لا يجوز احتسابها من الزكاة، وأما الجائزة فأولى بهذا الحكم.

هل تغنى الضريبة عن الزكاة؟

للجواب عن هذا السؤال يقول علماؤنا:

إنه لا تغنى الضريبة عن الزكاة لاختلاف كل منها في المصرف والنية

(١) أحكام القرآن (١٢٤٨/٣).

وغيرهما، وما وجد من تناقض في أحوال المسلمين فليس المسؤول عنه الإسلام، وإنما الاستعمار هو الذي صنع ذلك، وقد صرّح فقهاؤنا قديماً وحديثاً بأنَّ المكوس لا تغنى عن الزكاة، ولا تحسب منها، مثل: ابن حجر الهيتمي، وابن عابدين، والشيخ علیش، والسيد رشید، والشيخ شلتوت، والشيخ أبي زهرة والقرضاوي وغيرهم، ولكن الأموال التي تؤخذ كضرائب تحسُّم من الموجودات الزكوية.

التهرب من الضريبة:

إذا كانت الضريبة عادلة وتوفرت منها شروطها وحكم بها ولي الأمر فإنه يجب على المسلمين الالتزام بها تنفيذاً لقوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُفْلِي الْأَتْرِيْمِنْكُنْ...﴾.

وأما الضرائب الجائرة فلا نعتقد أنه يترتب على التهرب منها عقوبات أخرى، ولكن مع ملاحظة المصالح الدعوية وعدم التعرُّض للهلاك والإيذاء، والله أعلم.



رُفْعَ
جَعْلُ الرَّجْعَنَ لِلْجَنْبَرِيِّ
أَسْكَنَ اللَّهُ لِلْفَرْوَانِ

حديث: «لا تبع ما ليس عندك»

سنده وفقهه

دراسة تحليلية

تمهيد:

إنَّ أَقْوَمَ الطرق للوصول إلى معرفة الأحكام الشرعية يكمن في العودة إلى المنبع الصافي المتمثل في الكتاب والسنّة، ثم الإلقاء بما ذكره الفقهاء على مر العصور والاستعانة به، وبما ذكره المفسرون وشرحوا الحديث النبوى الشريف.

ولكنه مع ذلك فقد مرت حقبة طويلة — بعد ازدهار الفقه، وتشيّط المذاهب الفقهية في البلدان — أولى أكثر الفقهاء المتأخرین كل جهودهم نحو نصوص الفقهاء المتقدّمين وأرائهم؛ حيث كان الجدال والنقاش حولها، بل كان الاستنباط من خلالها، ظهرت آراء كثيرة في كثير من الجزئيات والفرعيات فيما لو عرضت أساساً على الكتاب والسنّة لما ظهرت، بل ظهرت بعض نظريات فقهية صنع منها البعض مبادئ كليلة، مثل منع بيع المعدوم كقاعدة، وجعل السلم استثناء، مجانيين لمعايير الأصل والفرع. كانت هذه هي السمة الظاهرة للعصور المتأخرة، ولكن مع ذلك ظهر علماء أعلام في كل عصر — مثل العز بن عبد السلام، وابن تيمية، وابن

القيم – ناضلوا في سبيل ربط الفقهاء بالمصادر الصافية للأحكام، ثم الاستفادة مما قاله الأئمة الأعلام، ومن مقاصد الشريعة الغراء.

ومن هذا المنطلق اختارت حديثاً نبوياً شريفاً ثار حول معناه كثير من الجدل والنقاش، ووضع منه البعض قواعد وآراء تعتبر بعيدة عن معناه وفحواه في نظرنا، ليكون مجالاً لبحثي، ولأقوم بدراساته دراسة حديثية لرواياته وألفاظه، ودرجة قوته، ودراسة أصولية لدلالته الأصولية، ودراسة فقهية لفقهه وما يمكن أن يستنبط منه من الأحكام، وما هو بعيد عن معناه ومناطه، مع ذكر تطبيقاته، وعلاقته ببعض العقود المعاصرة سلباً أو إيجاباً.

والله نسأل أن يكتب لنا التوفيق، والإخلاص، والعصمة في القول والعمل، وأن يقبلنا في عباده المتدينين. آمين.

متن الحديث، وسنته وطريقه

ورد النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان بعدة ألفاظ مختلفة وهي:

١ – اللفظ الأول عن حكيم بن حزام بلفظ: «لا تبيع ما ليس عندك».

روى بهذا اللفظ عن حكيم بن حزام:

أبو داود في سنته: كتاب البيوع باب الرجل يبيع ما ليس عنده، الحديث رقم ٣٤٨٦ (عون المعبود ٤٠١/٩)، ورقم الحديث في بعض الطبعات لسفن أبي داود ٣٥٠٣.

ورواه الترمذى في سنته: كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عنده، الحديث ١٢٥٠ (تحفة الأحوذى ٤/٤٣٠ – ٤٣٣).

والنسائي في سنته: كتاب البيوع، باب ما ليس عند البائع، الحديث رقم ٤٦١٢، طبعة دار البشائر الإسلامية – بيروت.

وابن ماجه في سنته: كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس
عندك وعن ربح ما لم يضمن، الحديث ٢١٨٧ (٢١٨٧/٢).
وأحمد في مسنده عن حكيم بعده طرق (٤٠٢/٣).
والبيهقي بعده طرق في السنن الكبرى (٥/٢٦٧، ٣١٧، ٣٣٩).
والطبراني في المعجم الكبير بعده طرق، والحديث رقم ٣٠٩٧،
٣٠٩٨، ٣٠٩٩، ٣١٠٣، ٢١٠٢، ٣١٤٣.
وعبد الرزاق في مصنفه، الحديث ١٤٢١٢.
وابن جارود، الحديث ٦٠٢.
والطيالسي ٢٢٥٧.
كما رواه ابن حزم عن طريق النسائي (٥٩٤/٥).

هؤلاء كلهم رروا الحديث باللفظ السابق دون اختلاف، وإنما وقع
الاختلاف في سؤال الحكيم، حيث نجد بعض الاختلافات اللفظية أو الزيادة
والنقص في نقل سؤاله وصيغته، ولكن أشهرها بلفظ:

قال حكيم بن حزام: يا رسول الله، يأتيني الرجل فيريد من البيع ليس
عندني، فأبتعاه له من السوق؟ فقال: «لا تبع ما ليس عندك».

٢ - اللفظ الثاني عن حكيم بن حزام أيضاً بلفظ: «نهاني
رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندي».

رواه بهذا اللفظ:
الترمذي في جامعه بسندين، الحديث ١٢٥١، ١٢٥٣ (تحفة الأحوذى
٤٣٤ - ٤٣٥).
وأحمد في مسنده (٤٠٢/٣).

والطبراني بأكثر من سند، رقم الأحاديث ٣١٠٤، ٣١٠١، ٣١٠٠، ٣١٤٤، ٣١٣٢، ٣١٣٧، ٣١٣٨، ٣١٣٩، ٣١٤٠، ٣١٤١، ٣١٤٥، ٣١٤٦، ٣١٤٥.

والبيهقي في السنن الكبرى (٣٣٩/٥).

والشافعي (ترتيب مسند الشافعي، ط دار الكتب العلمية – بيروت رقم الحديث ٤٧٨).

٣ – اللفظ الثالث ورد عن طريق عمرو بن شعيب عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع... ولا بيع ما ليس عندك».

رواه بهذا اللفظ:

أبو داود في سنته، الحديث ٣٤٨٧ (عون المعبد ٤٠٣/٩ – ٤٠٣).

والترمذى في جامعه، الحديث ١٢٥٢ (تحفة الأحوذى ٤/٤٣١).

والنسائى في سنته، الحديث ٤٦١٢ (٢٨٨/٧)، وبسند آخر (٢٨٩/٧).

وابن ماجه في سنته، الحديث ٢١٨٨ (٧٣٧/٢).

والحاكم في مستدركه، بسندين (١٧/٢).

وابن حبان في صحيحه، (موارد الظمان الحديث ١١٠٨ ص ٢٧١).

وأحمد في مسنه بعده طرق (٢٠٥، ١٧٩، ١٧٤/٢).

والدارمي في سنته (١٦٨/٢).

والبيهقي في السنن الكبرى بثلاثة أسانيد (٣٣٩، ٣٤٣، ٢٦٧).

ورواه ابن خزيمة – كما قال الشيخ الألبانى في الإرواء – الحديث ١٣٠٥.

وعبد الرزاق في مصنفه، (٣٩/٨).

وابن حزم من طريق أبي داود، المحتلى (٥٩٥/٩).

والدارقطني، الحديث .٣٢٠

وابن الجارود، الحديث .٦٠١

والطبراني في الكبير والأوسط، (مجمع الزوائد ٤/٨٥).

وأبوا حنيفة (مسند أبي حنيفة، ط الآداب، بالقاهرة ص ١٢٤).

٤ - اللفظ الرابع من رواية حكيم بن حزام نفسه، ولكنه خاص بالطعام، ونصه: قال حكيم بن حزام: قال لي رسول الله: ألم يأني، أو لم يبلغني - أو كما شاء من ذلك - أذك تبيع الطعام؟ قال: بلى يا رسول الله. فقال رسول الله ﷺ: «فلا تبيع طعاماً حتى تشربه و تستوفيه».

رواه:

الإمام أحمد في مسنده (٣/٤٠٣).

والطبراني في المعجم الكبير، الحديث .٣٠٩٧

والشافعي (ترتيب مسنده الشافعي ١٤٣/٢) الحديث .٤٧٦

(٤٧٧)

والدارقطني بأكثر من سند (٢/٩).

والبيهقي بأكثر من سند (٥/٣١٢، ٣١٣).

وابن حبان في صحيحه (الإحسان ٧/٢٢٨ - ٢٢٩).

والنسائي في سننه الكبرى (نصب الرأية، ط دار إحياء التراث العربي ٤/٢٣٢).

ملحوظة: توجد اختلافات في الألفاظ في روايات هذا الحديث، لكنها لا تؤثر في متن الحديث المقصود هنا.

ما قاله نقاد الحديث

كنت أود أن أقوم بدراسة نقدية لجميع رواة الحديث من جميع الجوانب المطلوبة في علوم الحديث، لكنني آثرت أن أقتصر على ما قاله نقاد الحديث في هذا الحديث بمتونه التي ذكرناها.

* فالمتن الأول:

— حكم على صحته البعض، وعلى حسنها الآخرون.
فقد قال الترمذى: « الحديث حكيم بن حزام حسن، وقد روى من غير وجه. وروى أىوب السختياني وأبو بشر عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام عن النبي ». .

وروى هذا الحديث عوف وهشام بن حسان عن ابن سيرين عن حكيم بن حزام عن النبي، وهذا حديث مرسلا؛ إنما رواه ابن سيرين عن أىوب السختياني عن يوسف بن ماهك هكذا»^(١).

والحديث بهذا المتن:

— قد حكم ابن حزام بصحته^(٢).

— وقال الإمام السوسي: « الحديث حكيم صحيح رواه أبو داود، والترمذى، والنمسائى، وابن ماجه، وغيرهم بأسانيد صحيحة»^(٣).

— ورد الحافظ ابن حجر على من جرح أحد رواه بجهالته بأنه جرح مردود، لأنه معروف روى عنه ثلاثة، واحتج به النمسائى^(٤).

(١) سنن الترمذى — مع تحفة الأحوذى — (٤٣٣/٤).

(٢) المحتوى (٥٩٥/٩).

(٣) المجموع (٢٥٩/٩).

(٤) التلخيص الحبير (٥١٣).

— وحكم بصحته أيضًا الشيخ الألباني^(١).
— ومحققا زاد المعاد^(٢).

* أما المتن الثاني :

— فقد قال الترمذى: «هذا حديث حسن صحيح»^(٣).
— وقال الألبانى: «صحيح»^(٤).

* وأما المتن الثالث :

فقد روى الترمذى فيه: «وهذا الحديث حسن صحيح»^(٥).
وهو كما رأينا رواه ابن حبان في صحيحه، وابن خزيمة في صحيحه،
والحاكم في مستدركه وقال: «هذا حديث على شرط جملة من أئمة
ال المسلمين، صحيح» ووافقه الذهبي، وقال: «صحيح، وكذا رواه
طائفة»^(٦).

وقال ابن حزم: «هذا صحيح، وبه نأخذ، ولا نعلم لعمرو بن شعيب
حديثاً مسندًا إلا هذا وحده، وآخر في الهبات»^(٧).

(١) إرواء الغليل، الحديث رقم ١٢٩٢، ومشكاة المصايح، الحديث ٢٨٦٧ حيث
قال: إسناده صحيح. وصحيح الجامع، الحديث ٧٠٨٣.

(٢) زاد المعاد بتحقيق الشيخ عبد القادر الأرنؤوط، والشيخ شعيب الأرنؤوط طبعة
مؤسسة الرسالة ٨٠٧/٥.

(٣) سنن الترمذى، المرجع السابق ٤٣٣/٤.

(٤) إرواء الغليل ٧/٥—٨.

(٥) الترمذى — مع شرحه تحفة الأحوذى ٤٣٣/٤.

(٦) المستدرك، وبهامشه التلخيص للحافظ الذهبي ١٧/٢.

(٧) المحلى ٥٩٥/٩.

وقال الزيلعي: «قال المنذري: ويشبه أن يكون الترمذى إنما صاحب
لتصریحه فيه بذكر عبد الله بن عمرو، ويكون مذهبه في الامتناع من
الاحتجاج بحديث عمرو بن شعيب إنما هو الشك في إسناده، لجواز أن
يكون الصمير عائداً على محمد بن عبد الله، فإذا صرخ بذكر عبد الله بن
عمرو انتفى ذلك»^(١).

ووافق الحافظ عبد الحق: «الترمذى في حكمه على هذا الحديث بأنه
حسن صحيح»^(٢).

ونقل الحافظ ابن حجر: تصحيح الترمذى، وابن خزيمة، والحاكم،
وأنه أخرجه أيضاً في علوم الحديث من روایة أبي حنيفة عن عمرو المذكور
بلغظ آخر^(٣).

وقال الألباني: «صحيح»^(٤).

* وأما الحديث الرابع:

فقد قال فيه البهقى: «هذا إسناد حسن متصل»^(٥).

وعلق عليه العلامة ابن التركمان قائلاً: «كيف يكون حسناً، وابن
عصمة متروك، كما قال صاحب المحتوى، وفي الأحكام لعبد الحق:

(١) نصب الرأي، ط المكتبة الإسلامية (٤/١٨ - ١٩).

(٢) كتاب الأحكام، ج ٢ ورقة ١٥٤، نقلأً عن إرواء الغليل (٥/١٤٧).

(٣) وهو لفظ: «نهى عن بيع وشرط»، ثم قال الحافظ ابن حجر (بلغ المرام مع شرحه
سبل السلام ٣/٨١٠): «ومن هذا الوجه أخرجه الطبراني في الأوسط وهو
غريب».

(٤) هكذا قال في صحيح الجامع الصغير، الحديث رقم ٧٦٤٤، في حين قال في إرواء
الغليل، الحديث ١٣٠٥، ١٣٠٦: إنه حسن.

(٥) السنن الكبرى للبهقى (٥/٣١٣).

ضعيف. وأيضاً قد قدمنا في باب العين الغائية أنه اختلف في سنته^(١).
وقال أبو حاتم: «هذا الخبر مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس فيه ذكر عبد الله بن عصمة، وهذا خبر غريب»^(٢).

وقال العلامة الزيلعي: «وأخرجه الطبراني في «معجمه» عن عامر الأحول عن يوسف بن ماهك عن ابن عصمة به، وبيسنده النسائي رواه الدارقطني، ثم البيهقي في «سننهما» قال عبد الحق في «أحكامه»: — وقد رواه قاسم بن أصبع في «كتابه»: عن همام ثنا يحيى أن يعلى بن حكيم حدثه أن يوسف حدثه أن حكيم بن حزام حدثه فذكره، هكذا ذكره يعلى سماع يوسف بن ماهك من حكيم بن حزام. وهشام الدستوائي يرويه عن يحيى، فيدخل بين يوسف وحكيم عبد الله بن عصمة، وكذلك هو بينهما في غير حديثه، وعبد الله بن عصمة ضعيف جداً، انتهى»^(٣).

وقال أيضاً: «قال ابن القطان في «كتابه»: هكذا رواه قاسم بن أصبع، وأنا أخاف أن يكون سقط من الإسناد ابن عصمة، ورواية الدارقطني تبين ذلك، قال: وذكر ابن حزم في «كتابه» رواية قاسم بن أصبع، وقال: إن يعلى بن حكيم ثقة، وقد ذكر سماع يوسف من حكيم، فيصير سماع يوسف من ابن عصمة عن حكيم لغواً، لأنه إذا سمعه من حكيم فلا يضره أن يسمعه من غير حكيم عن حكيم، انتهى»^(٤).

وقال: «وقال صاحب «التنقیح»: قال ابن حزم: عبد الله بن عصمة مجهول، وصحح الحديث من روایة يوسف نفسه عن حكيم، لأنه صرخ في

(١) السنن الكبرى، وبها مشهور: الجوهر النقي (٣١٣/٥).

(٢) الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان (٢٢٩/٧).

(٣) نصب الرأي لأحاديث الهدایة (٤٤/٤).

(٤) المرجع السابق (٤/٣٢ — ٣٣).

رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه، وال الصحيح أن بين يوسف، و حكيم فيه عبد الله بن عصمة، وهو الجسمي حجازي، وقد ذكره ابن حبان في الثقات، وقال عبد الحق في «أحكامه» بعد ذكره هذا الحديث: عبد الله بن عصمة ضعيف جداً، وتبعه على ذلك ابنقطان، وكلاهما مخطيء في ذلك، وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي، أو غيره، من يسمى عبد الله بن عصمة، انتهى كلامه^(١).

وما قاله العلامة الزيلعي في تخطئة ابنقطان، وعبد الحق وافقه عليه الحافظ ابن حجر العسقلاني حيث قال في ترجمة عبد الله بن عصمة الجسمي: «روى عن حكيم بن حزام، وعن عطاء بن أبي رباح ويوسف بن ماهك وصفوان بن موهب الكوفيون، ذكره ابن حبان في الثقات».

ثم نقل ما قاله ابن حزام، وتبعه عبد الحق وابنقطان وعلق عليه بقوله: «وقال شيخنا: لا أعلم أحداً من أئمة الجرح والتعديل تكلم فيه، بل ذكره ابن حبان في الثقات»^(٢).

وإضافة إلى ذلك:

فإن الحديث سمعه يوسف بن ماهك من حكيم مباشرة كما ورد في بعض روايات الحديث^(٣).

ولذلك تظل هذه الرواية لا تقل عن درجة الحسن كما صرحت بذلك البيهقي^(٤).

(١) المرجع السابق (٤/٣٣).

(٢) تهذيب التهذيب، ط دار صادر بيروت (٥/٣٢٢).

(٣) نصب الرأي (٧/٦٢).

(٤) السنن الكبرى (٥/٣١٣)، ونصب الرأي (٤/٤٤ - ٣٢ - ٣٣).

هذا ما يخص هذه الرواية، أما معناها فهو صحيح^(١).
حيث رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن ابن عمر بلفظ «من ابتاع
طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه».

ورواه مسلم عن أبي هريرة بلفظ «وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع
الطعام حتى يستوفي».

كما رواه مسلم وغيره عن جابر بلفظ : «إذا ابتاعت طعاماً فلا تبعه حتى
تستوفي».

الخلاصة: أن حديث «لا تبع ما ليس عندك» حديث صحيح حكم
بصحته كبار النقاد من علماء الجرح والتعديل .

معنى الحديث

يدور هذا الحديث بمتنوته الثلاثة – أي ما عدا الرابع – حول النهي عن
بيع ما ليس عند الإنسان، ونحو نقل قول الشراح، ثم نرجع ما نراه راجحاً.

يقول الخطابي في شرح هذا الحديث : «لا تبع ما ليس عندك» : «يريد
بيع العين دون بيع الصفة، ألا ترى أنه أجاز السلم إلى الأجل، وهو بيع ما
ليس عند البائع في الحال، وإنما نهى عن بيع ما ليس عند البائع من قبل
الغرض، وذلك مثل: أن يبيعه عبده الآبق، أو جمله الشارد، ويدخل في ذلك
كل شيء ليس بمضمون عليه مثل أن يشتري سلعة فيبيعها قبل أن يقبضها،
ويدخل في ذلك بيع الرجل مال غيره موقوفاً على إجازة المالك، لأنه يبيع ما

(١) صحيح البخاري – مع الفتح – كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض
٣٤٩ – ٣٥٠، ومسلم – البيوع (١١٥٩/٣) الحديث ١٥٢٥، ١٥٢٦،
١٥٢٧، ١٥٢٨، ١٥٢٩، ومسند أحمد (١/٥٦، ٢٧٠، ٢٢/٢، ٦٤)،
٣٩٢/٣، وأبو داود الحديث ٣٤٩٢، وغيرهم.

ليس عنده، ولا في ملكه، وهو غرر، لأنه لا يدرى هل يجيزه صاحبه أم لا؟
والله أعلم»^(١).

ويقول ابن القيم: «وأما قوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»: فمطابق
لنهيه ﷺ عن بيع الغرر، لأنه إذا باع ما ليس عنده فليس هو على ثقة من
حصوله، بل قد يحصل له وقد لا يحصل، فيكون غررًا كبيع الآبق والشارد
والطير في الهواء، وما تحمل ناقته، ونحوه...»^(٢).

ويقول ابن حزم: «إنما هو نهي عن بيع ما ليس في ملكك — كما في
الخبر نصاً — وإنما فكل ما يملكه المرء فهو عنده ولو أنه بالهند، يقول: عندي
ضيعة سرى، وعندي فرس ساره، وسواء عندنا كان مغصوبًا أو لم يكن هو
عند صاحبه، أو في ملكه، قوله»^(٣).

ونرى ابن حزم هنا فسر العندية هنا بالملكية، وليس بالعندية الظاهرة
التي يراد بها أن يكون الشيء بجوار صاحبه، فهذا غير مراد من الحديث
أصلًا، وفسر ابن القيم العندية في الحديث بعندية الحكم والتمكين فقال:
«والعندية هنا ليست عندية الحس والمشاهدة، فإنه يجوز أن يبيعه ما ليس
تحت يده ومشاهدته، وإنما هي عندية الحكم والتمكين»^(٤).

وذكر الصناعي أن حديث «ولا تبع ما ليس عندك» قد فسره حديث
حكيم أنه قال: قلت يا رسول الله يأتيني... إلخ فدل على أنه لا يحل بيع

(١) معلم السنن للخطابي، المطبوع مع سنن أبي داود، نشر وتوزيع محمد علي
السيد، ط ١٣٩١ (٧٦٩/٣).

(٢) شرح سنن أبي داود للحافظ ابن قيم الجوزية، المطبوع مع عون المعبد
المحلى (٤١١/٩).

(٣) المحلى (٥٩٥/٩).

(٤) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٤١٢/٩).

الشيء قبل أن يملكه^(١)؛ حيث يدل على أن المقصود من سؤاله هو أن حكيم ابن حزام قد يطلب منه شيء لا يملكه، لكنه موجود في السوق، فأراد أن يبيعه بعينه، ثم يذهب إلى السوق ليشتريه، ويسلمه للبائع، فهذا بلا شك قائم على الغرر واحتمال الوجود وخطر عدم الحصول.

يقول ابن القيم: فاتفاق لفظ الحديثين – أي حديث حكيم، وحديث ابن عمرو – على نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عنده، فهذا هو المحفوظ من لفظه ﷺ وهو يتضمن نوعاً من الغرر، فإنه إذا باعه شيئاً معيناً، وليس في ملكه، ثم مضى ليشتريه، أو يسلمه له، كان متربداً بين الحصول وعدمه، فكان غرراً يشبه القمار، فنهى عنه»^(٢).

ويقول المباركفوري في شرح هذا الحديث حيث قال: «أي لا تبيع شيئاً ليس في ملكك حال العقد، في شرح السنة: هذا في بيع الأعian دون بيع الصفات، فلذا قيل: «السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط يجوز، وإن لم يكن في ملكه حال العقد، وفي معنى ما ليس عنده في الفساد بيع العبد الآبق وبيع المبيع قبل القبض...»^(٣).

وجاء في حاشية السندي في شرح هذا الحديث: «قيل: هو كبيع الآبق ومال الغير، والبيع قبل القبض، والجمهور على جواز بيع مال الغير موقفاً، وهو مقتضى بعض الأحاديث، ومنعه الشافعي لظاهر هذا الحديث، قال الخطابي: «يريد العين دون بيع الصفة، يعني: أن المراد بيع العين دون

(١) سبل السلام، ط دار الجليل لبنان (٣/٨١٠).

(٢) زاد المعد، ط الرسالة، تحقيق: الشيخ شعيب أرناؤوط (٥/٨٠٨).

(٣) تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذى (٤/٤٣٠)، ومثله ورد في عون المعبود شرح سنن أبي داود (٩/٤١٠).

الدين كما في السلم، فإن مداره على الصفة، وهذا جائز فيما ليس عند الإنسان بالإجماع...»، ثم قال السندي في شرح قول النبي ﷺ: «ليس على رجل بيع فيما لا يملك» أي لو باع ملك الغير لا يلزم عليه ذلك البيع حتى يطلب تسليم المبيع...»^(١).

ويظهر من ذلك: أن معنى الحديث: النهي عن بيع شيء معين بذاته لا يملكه الإنسان، ويكون الحصول على غرر واحتمال، كما أوضح ذلك سؤال الراوي نفسه.

قال العلامة ابن القيم: «وأما قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام... فيحمل على معنيين:

أحدهما: أن يبيع عيناً معينة، وهي ليست عنده، بل ملك للغير فيبيعها، ثم يسعى في تحصيلها وتسليمها إلى المشتري.

والثاني: أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة، وهذا أشبه، فليس عنده حسناً ولا معنى، فيكون قد باعه شيئاً لا يدرى هل يحصل له أم لا»^(٢).

ومعنى الحديث الرابع:

هو النهي عن بيع الطعام حتى يشتريه، ويستوفيه بالكيل، بأن يكيله البائع له»^(٣).

(١) حاشية السندي المطبوعة بهامش سنن النسائي، ط دار البشائر الإسلامية . (٢٨٩/٧).

(٢) إعلام الموقعين (١٩/٢).

(٣) فتح الباري، ط السلفية (٤/٣٥٠).

المعنى المختار للحديث

١ - بالنسبة إلى المتنون الثلاثة الأولى :

الذي يظهر لنا رجحانه هو أن هذا الحديث وارد في البيع فقط ، وليس في السلم ولا في غيره من العقود ، وذلك :

لأن لكل عقد معناه الخاص ومدلوله الخاص ومقتضاه الخاص ، وتكيفه الخاص ، فلا ينبغي الخلط بين عقد وآخر ، بأن نعم لفظ البيع ليشمل السلم ، وهذا حتى لو كان له أصل لغوي ، فإن العرف قد استقر على مدلول كل عقد ، وجاء الشرع فأقر هذه العقود بمعانيها المفهومة عرفاً ووضع لها ضوابطها الشرعية ، فالسلم له أركانه وشروطه الخاصة كما أن للبيع شروطه وأركانه الخاصة ، فلا ينبغي أبداً الخلط بين عقد وآخر ، فالمراد بالبيع عرفاً وشرعًا هو : ما كان المراد منه مبادلة مال معين بشمن معين عيناً كان أم نقداً ، فالمعقود عليه مُعين بذاته ، وأما السلم : فهو مبادلة رأس المال موصوفة في الذمة يحدد لها زمن معلوم ، وأنه يشترط فيه تسليم رأس المال في المجلس عند الجمهور ، أو خلال ثلاثة أيام عند المالكية^(١) في حين أن تسليم الشمن في البيع ليس بشرط بل يجوز تأجيله^(٢) .

وإذا أوضحنا مناط الحديث ومداره ، ومقصوده بالبيع زال كثير من الخلط الذي وقع لبعض الفقهاء والتکلف الذي تحملوه في إدخال السلم في الحديث ، ثم إخراجه بالإحسان أو بنصوص أخرى ، بينما لو وقفنا عند مدلول «لا تبع» عرفاً وشرعًا لم نحتاج إلى أي تکلف كما لا يخفى .

(١) يراجع : حاشية ابن عابدين (٤/٢٠٨) ، وشرح الخرشفي (٥/٢٠٣) ، وبلغة السالك (٢/٥٣٨) ، والغاية التصوی (١/٤٩٧) ، والمعنى لابن قدامة (٤/٣٢٨) .

(٢) يراجع : الإجماع لابن المنذر ، ط قطر (ص ٩٣) .

هذا أولاً، وأما ثانياً: فإن جميع نصوص الحديث تدور حول النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان — سواء بصيغة: «لا تبع»، أو بصيغة «نهاني» — . وهذه الجملة لها معنيان في ظاهرها:

أحدهما: لا تبع شيئاً لم يكن حاضراً عندك حضوراً محسوساً. وهذا المعنى غير مراد أبداً، لأن الأدلة الشرعية طافحة بجواز بيع الإنسان ماله الذي لم يكن حاضراً في مجلسه، أو في بيته، أو مدنته.

إضافة إلى أن سياق الحديث وما يبيه الصحابي راوي الحديث من الظروف والملابسات المحيطة به ليدلان بوضوح على أن السؤال ليس في مال غائب عنه وإنما هو في شيء معين لا يملكه وهو يريد أن يبيعه بذاته مع احتمال الغرر، حيث يقول حكيم: «يأتيني الرجل في يريد مني البيع ليس عندي، فأبتعاه له من السوق...» فالسؤال واضح في أنه يريد أن يبيع شيئاً بعانياً آخر وهو لا يملكه، لكنه يذهب بعد تعاقده مع الأول يذهب إلى السوق فيشتريه، ثم يسلمه إليه، وهذا المدلول في السؤال معاد في الجواب — كما صرخ بذلك أهل اللغة — وفي بعض الروايات: «يسألني البيع ليس عندي، أبيعه منه، ثم أتكلفه له من السوق».

وإذا كان هذا المعنى الأول غير مراد البتة، فلم يبق إلا المعنى الثاني وهو أن المراد به: لا تبع عيناً (أي شيئاً معيناً بذاته) ما دمت لا تملكه وأنت على غرار منه.

وهذا ما أشار إليه الإمام الخطابي^(١)، ونص عليه ابن القيم^(٢)، وابن حزم الظاهري^(٣) — كما سبق — .

(١) معالم السنن للخطابي بهامش سنن أبي داود (٧٦٩/٣).

(٢) شرح سنن أبي داود للحافظ ابن القيم (٤١١/٩) بهامش عون المعبود.

(٣) المحلى (٥٩٥/٩).

وعلى ضوء ذلك :

فالعندية هنا هي عندية الملك والتمكين، وليس عندية المشاهدة، ولذلك لو كان المال عنده حاضرًا لكنه كانأمانة عنده، أو مستأجرًا عنده أو معارًا لما جاز بيعه لآخر، ولما لزم بالاتفاق^(١). وعلى عكس ذلك لو كان ماله غائبًا وليس عنده أثناء العقد جاز بالإجماع إذا توفرت الأركان والشروط المطلوبة في البيع، يقول ابن القيم: «والعندية هنا ليست عندية الحسن والمشاهدة، فإنه يجوز أن يبيعه ما ليس تحت يده ومشاهده، وإنما هي عندية الحكم والتمكين»^(٢)، ويقول ابن حزم: «فكل ما يملكه المرء فهو عنده ولو أنه بالهند»^(٣).

وقد ذكر ابن القيم أن حديث حكيم وابن عمرو يتناول حالة شيء لا يُدرى حصوله من عدم حصوله، ويكون المشتري منه على خطر، ولا ثقة لبائعه بحصوله، وأن ذلك يعود إلى الغرر، وليس في كونه مدعومًا، وذلك لأن البائع إذا باع ما ليس في ملكه، ولا قدرة على تسليمه — بل يذهب ليشتريه، ثم يسلمه إلى المشتري — كان ذلك شبهاً بالقمار، والمخاطرة من غير حاجة إلى هذا العقد، ولا تتوقف مصلحتها عليه، فالحديث في الأعيان، وليس في الأشياء الموصوفة في الذمة — وفي الأمور الموصوفة في الذمة التي لا يقدر بائعها على تسليمها حسب العرف والعادة، وهو يتفق في الغاية والهدف مع الغرر^(٤).

(١) يراجع: رسالتنا: مبدأ الرضا في العقود (١٥٠ وما بعدها)، ط البشائر الإسلامية — بيروت.

(٢) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٤١٢/٩).

(٣) المحتلي (٥٩٥/٩).

(٤) زاد المعاد (٨١٢—٨١٠/٥).

والخلاصة :

أن معنى الحديث ينحصر في النهي عن بيع شيء معين بذاته لا يملكه، ولا له قدرة على تحقيقه، بل يكون العاقد على غرر الحصول منه.

ومن هنا فالحديث لا يتناول السلم، لأنه بيع شيء موصوف في الذمة – نعم إذا كان السلم في شيء لا يقدر على تسليمه، أو أنه لا يدرى هل يحصل أم لا فهذا داخل في الحكم قياساً على بيع ما ليس عندك – كما هو الراجح عندنا – أو أنه داخل في الحديث إذا عمنا معنى «لا تبيع» ليشمل السلم باعتباره بيعاً – كما ذهب إلى ذلك البعض كما سبق – .

وكذلك لا يشمل بيع الغائب الذي يملكه سواء كان بيعاً معيناً أو بيعاً موصوفاً في الذمة ما دام التسليم مقدوراً عليه للمشتري، ولا بيع المغصوب بالنسبة لمن هو قادر على ردّه، ونحو ذلك مما ليس فيه غرر في الحصول عليه .

فالحديث الشريف يعالج قضية الغرر في باب البيوع، وهي مسألة ظهرت آثارها الخطيرة في عالم البورصة اليوم حيث لا تباع الأعيان بذاتها، ولا الأشياء بمواصفاتها المطلوبة وشروطها – كما في السلم – وإنما تباع العقود وحدها، أو الوعود والأوهام – كما سيأتي ذلك مزيد من التفصيل .

فهذا الحديث سدّ هذا الباب، وأوجب أن يكون للعقد محل معين بذاته، أو وصفه، وأن لا يكون هناك غرر ومقامرة .

٢ – بالنسبة إلى المتن الرابع :

وأما المتن الرابع – أي الخاص بالطعام – فهو حديث مستقل خاص بعدم جواز بيع الطعام حتى يشتريه الإنسان ويستوفيه، وهو يدل على تخصيص الطعام بمزيد من التأكيد والرعاية، مع أنه داخل في الأحاديث

السابقة الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان، التي تعم الطعام وغيره، فجاء هذا الحديث لتأكيد المعنى السابق في الطعام.

وإذا كان هذا الحديث يدل بمفهومه المخالف على أن غير الطعام ليس له هذا الحكم فإن هذا المفهوم غير معتبر لأنه يتعارض مع منطق الأحاديث السابقة الدالة على عموم الحكم، إضافة إلى أن مفهوم المخالفة مختلف فيه، وأن الخلاف كبير في مفهوم اللقب كما هو معروف في علم الأصول^(١).

وهذا الحديث يدل على زيادة خاصة بالطعام وهي أن الطعام يشترط فيه عند بيعه أن يستوفى بالكيل قبل أن يباع الآخر. وسيأتي لهذا الحديث من التفصيل عند الحديث عن فقهه.

فقه الحديث

يدل هذا الحديث الشريف بلفاظه الثلاثة وروياته على النهي عن بيع ما ليس لدى الإنسان.

وإذا كانت دالة الحديث على ذلك واضحة، بل هي قطعية، فإن دلالتها على الفساد أو البطلان محل خلاف، وكذلك الخلاف قائم في المراد ببيع ما ليس لدى الإنسان، هل يشمل بيع المعدوم بعمومه، وبيع مال الغير، وبيع المال الغائب أو نحو ذلك.

ولذلك: نتحدث عن هذه الأمور بصورة منفصلة:

أولاً — حول دالة النهي فيه:

ورد الحديث بلفاظه الأربعة — كما سبق — وهي:

(١) يراجع: الأحكام في أصول الأحكام للأمدي، ط محمد علي صبيح — القاهرة — مصر (٢٠٩/٢).

(أ) بلفظ: «لا تبع ما ليس عندك» أي: بصيغة النهي.

(ب) بلفظ: «نهاني أن أبيع ما ليس عندي» أي بلفظ النهي.

(ج) بلفظ: «فلا تبع طعاماً حتى تشتريه وتستوفيه».

(د) بلفظ: «لا يحل سلف وبيع... ولا بيع ما ليس عندك»، أي بلفظ: «لا يحل».

فاللفظ الرابع واضح في دلالته على عدم حل ذلك، بينما الألفاظ الثلاثة الأولى في دلالتها على الحرمة محل خلاف، حيث اختلف العلماء في ذلك على أكثر من خمسة عشر رأياً^(١):

فمنهم من قال: إن النهي حقيقة في التحرير^(٢).

ومنهم من قال: إنه حقيقة في الكراهة^(٣).

ومنهم من قال: إنه للتهديد^(٤)...

لكن الراجح: هو أن النهي حقيقة في التحرير، إلا إذا دل دليل على غير ذلك، ويتأكد دلالة النهي في حديثنا هذا على التحرير بسبب ورود اللفظ الثالث «ولا يحل».

وقد ثار خلاف آخر — له أهميته — هنا حول: مدى دلالة النهي على الفساد والبطلان أم لا؟ على تفصيل فيه.

فذهب الجمهور من المالكية والشافعية، والحنابلة والظاهيرية

(١) يراجع في ذلك: الإحکام للأمدي (٤٧/٢، ...)، وشرح الكوكب المنير ط جامعة أم القرى (٨٣ - ٧٧/٢)، والمحصول ط جامعة الإمام بالرياض (ج ق ٤٦٩/٢)، والمستصفى (٤١٨/١)، وجمع الجوامع (٢٩٢/١).

(٢) نفس المرجع السابق..

(٣) نفس المرجع السابق.

(٤) نفس المرجع السابق.

وإلا باضية: إلى أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه سواء كان النهي لذات المنهي عنه كالنهي عن بيع الملاقيق، والنهي عن بيع الميّة، أو لوصف لازم كالنهي عن بيع درهم بدرهمين^(١).

وأما النهي عن الشيء لوصف غير ملازم كالنهي عن البيع وقت أذان الجمعة فلا يوجب فساده إلا عند الحنابلة، والظاهرية، والإلا باضية^(٢).

وذهب الحنفية: إلى أن النهي — عند عدم وجود قرينة دالة على أن النهي لمعنى في ذات المنهي عنه، أو لغيره — لا يدل على أن المنهي عنه بذاته غير مشروع، بل ينسحب على معنى لغيره، فيكون الأصل مشروعًا، والفساد في الوصف فقط^(٣).

فالحنفية اتفقوا مع الجمهور: في أن النهي لذات الشيء المنهي عنه يدل على بطلانه، واتفقوا معهم — ما عدا الحنابلة والظاهريه والإلا باضية — في أن النهي عن شيء لوصف غير لازم لا يدل على الفساد أو البطلان، بينما اختلفوا معهم جميعاً: في أن النهي عن شيء، تدل القرائن على أن النهي عنه لوصف لازم له لا يدل على البطلان، بل على الفساد، حيث إنهم فرقوا

(١) يراجع للتفصيل: المستصفى، ط دار صادر — لبنان (٢٤/٢)، وفواتح الرحموت بهامش المستصفى (١/٣٩٦ — ٤٠٥)، والتلويع على التوضيح (١/٤١٤)، وتيسير التحرير (١/٣٧٦)، والبرهان لإمام الحرمين، ط قطر (١/٢٨٣)، والمنهاج للبيضاوي مع شرح الأسنوي والبدخشي (١/٥٨)، والإيهاج على منهاج، ط الكليات الأزهرية (٢/٦٧)، والمثور في القواعد للزركشي (٣/٧ — ٢١)، وشرح الكوكب المنير (٢/٨٤)، والإحکام للأمدي (٢/٢٤٨)، والمحلبي لابن حزم (٩/٤١٨)، وشرح النيل لابن أطفيش، ط دار التراث العربي (١/٥٠٦).

(٢) المصادر السابقة نفسها.

(٣) تيسير التحرير (١/٣٧٦)، وفتح الغفار ط مصطفى الحلبي (١/٧٧).

بينهما فجعلوا البطلان للشيء المنهي عنه لذاته ، والفساد للشيء المنهي عنه لوصف لازم . ومن المعلوم أن الباطل لا يترتب عليه أي أثر ، بينما الفاسد عندهم يترتب عليه بعد القبض جملة من الآثار العقدية^(١) .

ولا يسع هذا البحث لإثراء هذا الموضوع ، ولكن الذي يظهر رجحانه هو مذهب الجمهور^(٢) .

فعلى ضوء ذلك يكون النهي في الحديث الذي معنا : من باب النهي عن الشيء لوصف لازم إذا فسر الحديث بالغرر ، فيكون المنهي عنه باطلًا وفاسدًا عند الجمهور ، وفاسدًا عند الحنفية .

أما لو فسر «ما ليس عندك» بالمعدوم الحقيقى عيناً وذمة فيكون النهي لذات الشيء وحيثئذ يكون باطلًا بالاتفاق .

أما لو فسر بما هو غائب عن الإنسان كالبعير الشارد وإن كان ملكه ، فيكون النهي لوصف غير لازم ، فلا يدل على البطلان عند الجمهور — كما سبق — .

فتحديد المعنى هو الذي يحدد مصير النهي : هل يقتضي فساد المنهي عنه أم لا ، لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره ، وتنظر تطبيقاته من خلال الجوانب الفقهية التي نذكرها .

ثانيًا — الأحكام المستفادة من الحديث :

- ١ — بيع المعدوم .
- ٢ — مدى دخول السلم في هذا الحديث .
- ٣ — بيع الغرر .

(١) نفس المرجع السابق .

(٢) يراجع للمزيد من التفصيل وبيان الراجح مع الأدلة : مبدأ الرضا في العقود ، دراسة مقارنة ، رسالتنا الدكتوراه ، ط دار البشائر (١٥٠ / ١) والمصادر السابقة .

- ٤ - البيع قبل القبض.
- ٥ - بيع مال الغير دون إذنه.
- ٦ - بيع مال مملوك غير قادر على تسليمه.

١ - بيع المعدوم:

لا شك أن الحديث يفهم منه عدم جواز بيع المعدوم الذي ليس له وجود في الواقع، ولا في الذمة، كبيع الملاقيح – وهو ما في بطون الأمهات، والمضامين – وهو ما في أصلاب الفحول – .

قال الشيرازي: «ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق»^(١).

وهذا محل اتفاق بين العلماء، قال الإمام ابن المنذر: «وأجمعوا على فساد بيع حبل الحبلة، وما في بطن الناقة... وعلى فساد بيع المضامين والملاقيح...»^(٢).

فالمعدوم المطلق الذي ليس له وجود أثناء العقد، لا يجوز بيعه بالإجماع، لكنه لو ارتبط بالعقد بمعدوم موصوف في الذمة – كالسلم – فإنه في الواقع ليس معدوماً في جميع الوجوه، وإنما هو موجود في الذمة بالوصف والتقدير – كما سيأتي – فلا يدخل فيه إذن عقد السلم، ولا عقد الاستصناع.

(١) المذهب، ومعه المجموع ط المنيرية بالقاهرة (٩/٢٥٧).

(٢) الإجماع لابن المنذر، تحقيق د. فؤاد عبد المنعم، ط قطر (ص ٩٠)، والإشراف (مخطوطة)، ج ٢ ورقة ١٠٨ ب. ويقول ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٣/٢٣٧): «وكل ما نهى عنه النبي ﷺ من بيع المعدومات، مثل نهيه عن بيع الملاقيح والمضامين، وحبل الحبلة، – وهي بيع ما في أصلاب الفحول وأرحام الإناث، ونتائج النتاج... وأمثال ذلك، إنما هو أن يشتري المشتري تلك الأعيان التي لم تخلق بعد... وهذا الذي كان أهل الجاهلية يفعلونه».

التحقيق :

والتحقيق هنا في أمرين :

الأمر الأول : في علاقة الحديث بالمعدوم :

حيث ربط بينهما بعض الفقهاء – كما سبق – حتى ذكروا في المعدوم حديثاً، وهو أن النبي ﷺ نهى عن بيع المعدوم^(١).

قال العلامة ابن القيم : « وهذا الحديث لا يعرف في شيء من كتب الحديث، ولا له أصل، والظاهر أنه مروي، بالمعنى من هذا الحديث – أي حديث حكيم – وغلط من ظن أن معناهما واحد، لأن هذا المنهي عنه في حديث حكيم وابن عمرو رضي الله عنهم لا يلزم أن يكون معدوماً، وإن كان فهو معدوم خاص كبيع حبل الحبلة، وهو معدوم يتضمن غرراً وترددًا في حصوله »^(٢).

فهذا الحديث – في الواقع – سرد في جواب سائل يسأل عن حالة معينة، وهي أنه يبيع شيئاً قبل أن يتملكه، فيعقد العقد مع آخر على شيء معين، ثم يذهب إلى السوق فيشتريه وهذا هو عين الغرر، حيث قد يحصل عليه، وقد لا يحصل عليه، كما سبق.

الأمر الثاني : معنى المعدوم :

لو تتبعنا ما قاله الفقهاء في المعدوم، وما ذكر له من أحكام نصل إلى أن المعدوم أربعة أنواع :

النوع الأول : المعدوم الذي لا يمكن حصوله أبداً فهذا لا يجوز بيعه أبداً، ولا إجراء العقود عليه ما دام معدوماً مطلقاً لا يمكن الحصول عليه عقلاً أو عرفاً.

(١) زاد المعاد (٥/٨٠٨).

(٢) المرجع السابق نفسه.

النوع الثاني: معدوم وقت البيع، لكنه يمكن وجوده فيما بعد، مثل بيع حمل ناقته، أو بقرته، أو نحو ذلك، وهذا ما سماه الرسول ﷺ بـ**بحبل الحبلة**^(١)، وهو نتاج النتاج على التفسير الراجح.

فهذا المعدوم لا يجوز وقوع العقد على ذاته المعينة، أما السَّلْمُ فيه فيجوز لأنَّه واقع على الموصوف في الذمة المضمون، حيث يتعهد بأنَّ يأتي بشيء موصوف بكذا وكذا وليس معيناً وإنما وجوده في الذمة، وما هو موجود في الذمة كما هو موجود حقيقة.

يقول ابن القييم: «وهذا الذي منع الشارع بيعه: هو الذي يكون المشتري منه على خطر، ولا ثقة لبائعه بحصوله، لا لكونه معدوماً، بل لكونه غرراً»^(٢).

النوع الثالث: معدوم تابع للموجود مثل الثمار التي لم يبدُ صلاحها فلا خلاف في صحة العقد الوارد على الشجرة التي تتبعها الثمرة الموجوده والتي توجد، وذلك لأنَّها تابع للموجود، والقاعدة الفقهية تنص على أنه «يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع، وأنَّه يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصدًا»^(٣).

وكذلك اتفق الفقهاء على جواز بيع الثمار بعد بدء صلاح ثمرة واحدة منها، قال ابن القييم: «فاتفق الناس على جواز بيع ذلك الصنف الذي بدا صلاح واحدة منها، وإن كانت بقية أجزاء الثمار معدومة وقت العقد، ولكن جاز بيعها تبعاً للموجود، وقد يكون المعدوم متصلةً بالموجود، وقد يكون

(١) صحيح البخاري – مع الفتح – (٤/٣٥٦)، ومسلم بیوع (٣/١١٥٣).

(٢) شرح سنن أبي داود (٩/٤١١) المطبوع مع عون المعبد.

(٣) الأشباء والنظائر للسيوطى ط عيسى الحلبي – القاهرة (ص ١٣٣)، والأشباء والنظائر لابن نجيم، الحلبي (ص ١٢١١ – ١٢٢).

أعياناً آخر منفصلة عن الوجود لم تخلق بعد»^(١).

ولكنهم اختلفوا في بيع ثمار القثاء والبطيخ إذا طابت بعضها:

— حيث ذهب مالك وأهل المدينة وأحمد في رواية: إلى جواز بيعها جملة، ومفرداً، وهذا اختيار شيخ الإسلام ابن التيمية، وابن القيم^(٢).

— وذهب الآخرون: إلى عدم جواز ذلك إلا لقطة لقطة، أو أن يقع العقد على أصلها معها^(٣).

وهذا الخلاف يعود إلى فهم هذا الحديث الذي معنا:

— حيث فهم منه الفريق الثاني: الدلالة على عدم جواز ذلك، لأنه بيع المعدوم، أو غرر.

— أما الفريق الثاني: فقد نظر إلى عدم دخوله فيه، لأن عدم البعض تبع لموجود ثابت، كما أنه لا غرر فيه. وهذا هو الراجح، قال ابن القيم: «لأن بدو الصلاح في المقامي بمنزلة بدو الشمار، وأن تلاحق أجزائهما كتلاحق أجزاء الشمار، وجعل ما يخلق منها تبعاً لما خلق في الصورتين واحد، فالتفريق بينهما تفريق بين متماثلين»^(٤).

إضافة لما في القول الثاني من التيسير على الناس، بل يؤدي إلى النزاع والاختلاف الشديد؛ لأن المشتري قد يريد الصغار والكبار، والبائع

(١) زاد المعاد (٨٠٨/٥).

(٢) يراجع: شرح الخريسي (٢٤/٥)، والمغني لابن قدامة (٩٣/٤ - ١٠٣)، وزاد المعاد (٥/٨٠٨ - ٨٠٩)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٥٤٧/٢٠).

(٣) يراجع: فتح القدير (٢٨٦/٦)، والمجموع (٩/٢٨٨)، والمغني لابن قدامة (٩٣/٤ - ١٠٣)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٠/٥٤٧).

(٤) زاد المعاد (٨٠٩/٥).

لا يعطيه إلا الكبار، فيحدث النزاع، بينما لو بيع المجموع في صفة واحدة لما أدى إلى ذلك^(١).

النوع الرابع: المعدوم الموصوف في الذمة الذي سيتحقق، فهذا يجوز السلم فيه بالإتفاق على تفصيل بينهم^(٢).

والخلاصة:

أن الحديث لا يتناول المعدوم لأنه معدوم، بل إنما يشمله إذا كان فيه غرر.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «لا نسلم صحة هذه المقدمة (أي عدم جواز بيع المعدوم) فليس في كتاب الله، ولا سنته رسوله، بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، لا لفظ عام، ولا معنى عام، وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة، ولن يستعملة في المنع لا الوجود، ولا العدم، بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر، والغرر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً كالعبد الآبق، والبعير الشارد ونحو ذلك مما قد لا يقدر على تسليمه.. هو غرر لا يجوز بيعه وإن كان موجوداً، فإن موجب البيع تسليم المبيع، والبائع عاجز عنه، والمشتري إنما يشتريه مخاطرة ومقامرة... وهكذا المعدوم الذي هو غرر، نهى عن بيعه لكونه غرراً لا لكونه معدوماً، كما إذا ما يحمل هذا الحيوان، أو ما يحمل هذا البستان، فقد يحمل وقد لا يحمل، وإذا حمل فالمحمل لا يعرف قدره ولا وصفه فهذا من القمار...»

(١) مجموع الفتاوى (٥٤٢/٢٠).

(٢) الإجماع للإمام ابن المنذر، ط قطر (ص ٣).

ثم أثبت ابن تيمية أن الشرع قد صحيح بيع المعدوم في بعض الموضع: «فإنه ثبت عنه من غير وجه أنه نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، ونهى عن بيع الحب حتى يشتد، وهذا من أصح الحديث، وهو في الصحيح عن غير واحد من الصحابة، فقد فرق بين ظهور الصلاح وعدم ظهوره، فأحل أحدهما وحرم الآخر، ومعلوم أنه قبل ظهور الصلاح ولو اشتراه بشرط القطع... جاز بالاتفاق، وإنما نهى عنه إذا بيع على أنه باقٍ فيدل ذلك على أنه جَوَزَهُ بعد ظهور الصلاح أن يباعه على البقاء إلى كمال الصلاح... ويدخل في هذا ما هو معدوم لم يخلق...»^(١).

٢ — مدى دخول السَّلْمَ في هذا الحديث:

فهم جماعة من الفقهاء (منهم الحنفية): أن هذا الحديث يدل على عدم جواز بيع المعدوم، ومن ثمة قالوا: «إن مشروعية السَّلْمَ — وهو بيع المعدوم — جاءت استثناء، حيث سموه بالإحسان بناءً على أن القاعدة العامة: هي عدم جواز بيع المعدوم استناداً على الأحاديث الواردة فيه، ويقول المرغيناني: — والقياس يأباه — أي السلم — ولكن تركناه بما روينا، ووجه القياس أنه بيع المعدوم، إذ المبيع — هو المسلم فيه —»^(٢).

ولكن التحقيق يبين: —

أن هذا الحديث الشريف إنما هو في بيع ما لا يملكه الإنسان، كما أنه في بيع شيء معين، أو بعبارة أخرى أن الحديث في بيان حكم بيع ما ليس

(١) مجموع الفتاوى (٥٤٢/٢٠).

(٢) فتح القدير (٦٩/٧)، والخرشي (٢٠٢/٥)، والغاية الفصوصى (٤٩٣/١)، والمغني لابن قدامة (٣٠٤/٤)، ويراجع: مجموع الفتاوى (٥٣٨/٢٠ — ٥٣٩)، وزاد المعاد (١٠٠٨٠٩/٥)، والهداية — مع شرح فتح القدير — ط مصطفى الحلبي، القاهرة (٧١/٧)، وفتح القدير (٦٩/٧ — ٧٠).

عنه – أي لا يملكه – وليس في بيان حكم السلم، فكل عقد – في نظري – له تكييفه الخاص به وأحكامه وأثاره الخاصة، فلا ينبغي أن نحمل أحكاماً خاصة بالبيع على السلم أو بالبيع.

وهذا هو السبب وراء ما وقع فيه الحنفية؛ حيث اعتبروا السلم أيضاً بيعاً، يقول ابن الهمام: «تقدّم أنّ الْبَيْعَ يَنْقَسِمُ إِلَى بَيْعٍ مُطْلَقٍ، وَمُقَابِلَةٍ، وَصَرْفٍ، وَسَلْمٍ»^(١).

ثم بين وجه هذا التقسيم وسبب دخول الجميع في البيع قائلاً: «لأنّ الْبَيْعَ إِمَّا بَيْعٌ بَعْنَ بَشْمَنْ وَهُوَ الْمُطْلَقُ، أَوْ قَلْبَهُ وَهُوَ السَّلْمُ، أَوْ ثَمَنْ بَشْمَنْ فَالصَّرْفُ، أَوْ عَيْنَ بَعْنَ فَالْمُقَابِلَةُ»^(٢)، ثم لما شعر بورود اعتراض عليه من حيث تخصيص اسم السَّلْمَ قال: «وَخَصَّ بِاسْمِ السَّلْمِ لِتَحْقِيقِ إِيجَابِ التَّسْلِيمِ شُرُعًا فِيمَا صَدَقَ عَلَيْهِ، أَعْنَى تَسْلِيمَ رَأْسِ الْمَالِ»^(٣). ولما جاء اعتراض آخر عليه مفاده: أن قوله هذا يدل على أن الأولى أن يسمى الصرف بالسلم لوجوب تسليم البدلين في المجلس، فرد عليه ابن همام ردًا غير مقنع^(٤).

وقصدني من هذا العرض بيان ضعف مسلك من يدخل السَّلْمَ في البيع، ثم يجعل جواز السَّلْمَ استثناءً من هذا الحديث الذي نحن بصدده، مع أن التحقيق: هو أن السَّلْمَ ليس بيعاً بمعناه الاصطلاحي، ولا المعقود عليه فيه معدوماً، وإنما هو موصوف في الذمة، وما هو موجود في الذمة ليس معدوماً، كما أن هذا الحديث ليس فيه دلالة على منع بيع المعدوم – كما أوضحتنا في معنى الحديث.

(١) فتح القدير (٧٦٩ - ٧٧٠).

(٢) فتح القدير (٧٦٩ / ٧).

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) المصدر السابق نفسه.

وقد أفاد العلامة ابن القيم في هذه المسألة فقال: «وأما السلم فمن ظن أنه على خلاف القياس توهم دخوله تحت قول النبي ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك» فإنه بيع معدوم، والقياس يمنع منه»^(١).

ثم قال: «والصواب أنه على وفق القياس، فإنه بيع مضمون في الذمة موصوف مقدور على تسليمه غالباً، وهو المعاوضة على المنافع في الإجارة... وقياس السَّلَم على بيع العين المعدومة — التي لا يُدرى: أيقدر على تحصيلها أم لا؟ والبائع والمشتري منها على غرر — من أفسد القياس صورة ومعنى، وقد فطر الله العقلاء على الفرق بين بيع الإنسان ما لا يملكه ولا هو مقدور له، وبين السَّلَم في مُغْلٍ مضمون في نصّه مقدور في العادة على تسليمه، فالجمع بينهما كالجمع بين الميتة والمسدكى، والربا والبيع»^(٢)، وقد سبقه إلى ذلك شيخه ابن تيمية.

والخلاصة:

أن بيع ما ليس عندك لا يشمل السَّلَم المؤجل، أو الحال لسبعين:

السبب الأول: أن الحديث وارد في البيع، وهو له مفهومه الخاص حيث يقع على الأعيان فقط، ولذلك يسمى العقد الوارد على المنافع إجارة أو إعارة أو نحوهما، فالسَّلَم له مدلوله الخاص لا يدخل في البيع، لأنّه عقد وارد على شيء موصوف في الذمة — كما سبق — فالسلم عقد خاص، وأنّه أقرب إلى كونه ديناً من الديون، ولذلك أدخله ابن عباس في آية الدين^(٣).

(١) إعلام الموقعين، ط عبد السلام شقرور بالقاهرة (١٩/٢).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٠/٥٢٨ - ٥٢٩).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٠/٥٢٩).

السبب الثاني: أن السَّلَمَ ليس عَقْدًا وَارِدًا عَلَى المَعْدُومِ، بَلْ هُوَ وَارِدٌ عَلَى مَوْجُودٍ مَوْصُوفٍ فِي الْذَّمَةِ مَضْمُونٌ ثَابِتٌ فِيهَا مَقْدُورٌ عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ مَحِلِّهِ، وَلَا غَرَرٌ فِيهِ، وَلَا خَطْرٌ^(١).

يقول ابن القيم: «أَظْهَرَ الْأَقْوَالُ: أَنَّ الْحَدِيثَ لَمْ يَرِدْ بِهِ النَّهْيُ عَنِ السَّلَمِ الْمَؤْجَلِ، وَلَا الْحَالُ مَطْلُقًا»^(٢). وإنما المراد بالحديث: النَّهْيُ عَنْ بَيعِ السَّلْعِ الْمُعْيَنَةِ الَّتِي هِيَ مَالٌ لِلْغَيْرِ، وَيَكُونُ مَعْنَاهُ: لَا تَبْعِي مَا لَيْسَ عِنْدَكَ مِنَ الْأَعْيَانِ، وَكَذَّلِكَ يَدْخُلُ فِيهِ بَيعُ مَا فِي الْذَّمَةِ مَا لَيْسَ هُوَ مَمْلُوكًا لَهُ، وَلَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ، فَعَلَى ضَوْءِ ذَلِكَ: لَا يَدْخُلُ السَّلَمَ حَالًا أَوْ مَؤْجَلًا فِي هَذَا الْحَدِيثِ مَا دَامَ التَّسْلِيمُ مَقْدُورًا عَلَيْهِ فِي وَقْتٍ حَسْبِ الْعُرْفِ.

ثُمَّ إِنْ جَعَلَ النَّهْيُ عَنْ «بَيعِ الْمَعْدُومِ» هُوَ الْأَصْلُ، وَجُوازُ السَّلْمِ إِسْتِثنَاءً مِنْطَقَ يُثِيرُ كَثِيرًا مِنَ النَّقَاشِ، وَالْجَدَالُ حَوْلَ الْمَعيَارِ الَّذِي جَعَلَ ذَلِكَ أَصْلًا، وَذَلِكَ إِسْتِثنَاءً، بَلْ الْمَفْرُوضُ الْعَكْسُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ حَدِيثَ النَّهْيِ عَنْ بَيعِ الْمَعْدُومِ بِهَذَا الْلَّفْظِ غَيْرُ ثَابِتٍ قَطْعًا، وَدَلَالَةُ حَدِيثِ حَكِيمٍ عَلَيْهِ مَحْلُ نَقَاشٍ – كَمَا رأَيْنَا – بَيْنَمَا حَدِيثُ السَّلَمِ صَحِيحٌ مُتَفَقٌ عَلَيْهِ وَدَلَالَتُهُ عَلَى صَحَّةِ السَّلَمِ قَطْعِيَّةً.

فَإِذَا كَانَتِ الْمَعيَارِيَّةُ لِلْأَصْلِ هِيَ وَجْهُ النَّصِّ الشَّرِعيِّ فَكَانَ الْمَفْرُوضُ عَكْسُ مَا يَقُولُونَ، وَإِذَا كَانَ الْمَرادُ أَنْ ذَلِكَ الْأَصْلُ بِاعتِبَارِ الْقَاعِدَةِ الْعَامَةِ فَكَيْفَ تَبْتَهُ هَذِهِ الْعُمُومِيَّةُ مَعَ أَنَّ أَحَدَ أَفْرَادِهَا قَدْ ثَبَتَ لَهُ حَكْمٌ آخَرُ بِحَدِيثِ صَحِيحٍ، مَعَ أَنَّ التَّخْصِيصَ وَالِإِسْتِثنَاءَ فِي النَّصُوصِ الشَّرِعيَّةِ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَا مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنْنَةِ؟ .

(١) زَادُ الْمَعَادَ (٨١١/٥).

(٢) زَادُ الْمَعَادَ (٨١٢/٥).

٢ - بيع الغرر: أي كل ما لا يعلم عاقبته:
يقول العلامة الشيرازي: «والغرر ما انطوى عنه أمره، وخفي عليه
عاقبته»^(١).

فالغرر يدخل فيه المعدوم عيناً ووصفاً، وذلك لأن المعدوم «قد
انطوى عنه أمره، وخفي عليه عاقبته»^(٢) وكذلك يدخل فيه المجهول جهالة
فاحشة، وكل ما هو قائم على احتمال الوجود والعدم، أو احتمال الحصول
عليه وعدمه، أو احتمال ربح كثير وعدمه.

ويقول العلامة ابن القيم: «وأما بيع الغرر، فمن إضافة المصدر إلى
مفعوله كبيع الملاقيح والمضامين. والغرر: هو المبيع نفسه، وهو فعل
بمعنى مفعول، أي: مغروبه».

وهذا كبيع العبد الآبق الذي لا يقدر على تسليمه، والفرس الشارد،
والطير في الهواء.. ونحو ذلك مما لا يعلم حصوله أو لا يقدر على تسليمه،
أو لا يعرف حقيقته ومقداره، ومنه بيع حبل الحبلة.

ومنه بيع الملامسة والمنابذة وقد جاء تفسيرهما في نفس الحديث،
ففي صحيح مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه: «نهى عن بيعتين: الملامسة
والمنابذة، أما الملامسة فإن يلمس كل واحد منها ثوب صاحبه بغير تأمل،
والمنابذة: أن ينبد كل واحد منها ثوبه إلى الآخر ولم ينظر واحد منها إلى
ثوب صاحبه»، هذا لفظ مسلم.

وليس من بيع الغرر بيع المغيبات في الأرض كاللفت والجزر والفجل
والقلقاس والبصل ونحوها، فإنها معلومة بالعادة يعرفها أهل الخبرة بها،

(١) المذهب مع المجموع (٢٥٧/٩).

(٢) نفس المرجع السابق.

و ظاهرها عنوان باطنها فهو كظاهر الصبرة مع باطنها ، ولو قدر أن في ذلك غرراً فهو غرر يسير يغتفر في جنب المصلحة العامة التي لا بد للناس منها ، فإن ذلك غرر لا يكون موجباً للمنع^(١) .

ومرجع ذلك يعود – بالإضافة إلى حديث حكيم – إلى حديث صحيح آخر وهو ما رواه مسلم ، وأصحاب السنن وغيرهم بسندهم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « إن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر^(٢) »

قال النووي : « النهي عن بيع الغرر أصل عظيم من أصول كتاب البيوع ، وتدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كبيع الآبق ، والمعدوم ، والمجهول ، وما لا يتدر على تسليمه ، وما لم يتم ملك البائع عليه ، وبيع السمك في الماء الكثير ، واللبن في الضرع^(٣) » .

وقال أيضاً : « الأصل أن بيع الغرر باطل . . . والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه ، أما ما تدعو إليه الحاجة ، ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار ، وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر . . . وذكر أو أنتي ، كامل الأعضاء ، أو ناقصها . . . فهذا يصح بيعه بالإجماع ، ونقل العلماء الإجماع أيضاً في أشياء غررها حقير . . . ، وقد يختلف العلماء في بعض المسائل كبيع العين الغائبة ، وبيع الحنطة في سبليها ، ويكون اختلافهم

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية . ط مؤسسة الرسالة – بيروت – لبنان – ومكتبة المنار الإسلامية – الكويت (٥/٨١٨ – ٨٢٠) .

(٢) صحيح مسلم (٤/١١٥٤) ، وسنن أبي داود (٢/٢٢٨) الحديث ٢٥٠٣ والنسائي (٢/٢١٧) ، والترمذى – مع التحفة – (٤/٤) الحديث ١٢٤٨ ، وابن ماجه الحديث (٢/٧٣٩) ، والبيهقي (٥/٢٦٧) ، ومسند أحمد (٣/٤٠١) .

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم على الحديث المرقم ١٥١٣ .

مبنياً على هذه القاعدة، فبعضهم يرى الغرر يسيراً لا يؤثر، وبعضهم يراه مؤثراً»^(١).

٤ - البيع قبل القبض :

دل الحديث الرابع على النهي عن بيع الطعام قبل شرائه، واستيفائه بالكيل بأن يكيله البائع - كما سبق - .

وقد قال المحققون^(٢): إنَّ الاستيفاء أعم من القبض، وذلك لأنَّه قد يستوفيه بالكيل، بأن يكيله البائع ولا يقابضه للمشتري، بل يحبسه عنده لينقده الثمن، وهذا رأي بعض العلماء؛ حيث قصرُوا المنهي من بيع الطعام قبل قبضه على طعام يستوفي بالكيل، أو الوزن، أما إذا لم يستوف، بأن يبيع جزافاً فيجوز بيعه قبل القبض^(٣). غير أنَّ اشتراط القبض في الطعام مطلقاً قد جاء في أحاديث صحيحة^(٤).

وأيًّا ما كان فإن جماعة من الفقهاء: استدلوا بهذا الحديث على عدم جواز البيع قبل القبض، ففهموا منه ذلك، ولذلك جمع البخاري بين متن هذا الحديث، وهذا الحكم، فترجم: «باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عنده».

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة اختلافاً كبيراً يمكن حصر

(١) المجموع (٩/٢٥٨)، ويراجع في تفصيل عقد الغرر: تأليف الشيخ الجليل الدكتور الصديق الصرير / رسالة دكتوراه في كلية الشريعة بالأزهر الشريف.

(٢) فتح الباري (٤/٣٥٠).

(٣) وهذا رأي: مالك، وأحمد في رواية، وهو مروي عن أبي ثور، وابن المنذر. انظر: المدونة (٩/٨٦ - ٨٩)، وشرح الخرشفي (٣/٢٧٩)، والمغني (٤/١٢١)، والمجموع (٩/٢٧٠ وما بعدها).

(٤) فتح الباري (٤/٣٤٩).

اتجاهاتهم في ثلاثة اتجاهات عامة تمثل في الرفض مطلقاً، والإجارة مطلقاً، والتوسط القائم على التفصيل:

الاتجاه الأول: يرى عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً، سواء كان المعقود عليه طعاماً أم غيره، سواء أكان مكيلاً أو موزوناً، وعقاراً أو منقولاً.

وهذا مذهب: — الشافعي وأكثر أصحابه^(١)، وأحمد في رواية^(٢)، ومحمد بن الحسن وزفر من الحنفية^(٣)، والظاهرية^(٤)، والزيدية^(٥)، ورواية الإمامية^(٦)، والإباضية في المشهور عنهم^(٧)، وروي ذلك عن ابن عباس، وجابر بن عبد الله، وسعيد بن المسيب في رواية عنه، وسفيان الثوري^(٨).

(١) الأم (٦٠/٣)، وجاء في المذهب مع شرحه المجموع للنوي (٤/٢٦٤): «ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع الإجارة والصدق، وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض».

(٢) المغني لابن قدامة (٤/١٢١ – ١٢٣)، وشرح ابن القيم على سنن أبي داود، المطبوع مع عون المعبود، ط السلفية بالمدينة (٩/٣٥٣).

(٣) بدائع الصنائع (٧/٣١٠٠) حيث قال: «وعند محمد وزفر والشافعي لا يجوز قياساً» وحاشية ابن عابدين (٤/١٦٢)، والمبسot (٣/١٤)، وفتح القدير (٧/٢٢).

(٤) المحلي لابن حزم (٩/٥٩٢).

(٥) البحر الزخار (٤/٣١١).

(٦) المختصر النافع للحلبي، ط وزارة الأوقاف بمصر (ص ١٤٨).

(٧) شرح النيل (٨/٥٩).

(٨) المصنف (٨/٣٨ – ٤٤) حيث رواه عن جابر، وعن ابن عباس أنه قال: «فأحسب كل شيء بمثابة الطعام» وشرح معانى الآثار (٤/٣٩)، والمحلي (٩/٥٩٤)، والمغني (٤/١٢).

الاتجاه الثاني: يرى جواز بيع المبيع وكل تصرف فيه مطلقاً.

وهذا رأي: عطاء بن أبي رباح، وعثمان البتي^(١)، ورأي الإمامية^(٢).

الاتجاه الثالث: يرى التوسط والتفصيل، وأصحاب هذا الاتجاه مختلفون فيما يجوز بيعه قبل القبض وفيما لا يجوز، فذهب أكثرهم إلى: عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه، وإلى جوازه في غيره. وهذا رأي: مالك في المشهور عنه^(٣)، وأحمد في رواية عنه^(٤)، و اختيار أبي ثور وابن المنذر^(٥)، والإمامية في وجه لهم^(٦). (وفيه تفصيل في التوفيق...).

وذهب فريق ثانٍ منهم إلى: عدم جواز بيع المكيل والموزون قبل قبضهما، وإلى جوازه فيما عداهما. وهذا مروي عن: عثمان بن عفان، وابن سيرين، وابن المسيب، والحسن، والحكم، وحماد بن أبي سليمان، والأوزاعي، وربيعة، والنخعي^(٧).

(١) المحتلي (٥٩٧/٨) حيث أسنده إلى عطاء قوله: «جائز بيع كل شيء قبل أن يقبض» والمغني (٤/٢٢٠) أسنده مثل هذا القول إلى عثمان البتي، وشرح ابن القيم على سنن أبي داود (٣٨٢/٩).

(٢) قال الحلي في المختصر النافع (ص ١٤٨): «ولا بأس ببيع ما لم يقبض»، ويكره فيما يكال، أو يوزن.

(٣) المدونة (٩٠/٩).

(٤) المغني (٤/١٢٠ - ١٢١)، ومجموع الفتاوى (٢٩/٣٩٨)، شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٣٩٢/٩).

(٥) المختصر النافع (ص ١٤٨).

(٦) المغني (٤/١٢١)، والمحتلي (٥٩٦/٩)، والمجموع (٩/٢٦٤ - ٢٦٥)، والمصنف لعبد الرزاق (٨/٤٣) حيث رواه عن ابن سيرين، وعن ابن المسيب، وابن شبرمة.

(٧) المغني (٤/١٢١ - ١٢٣).

وذهب فريق ثالث إلى: إلحق ما يباع بالعدد بالكيل والموزون في عدم جواز بيعه قبل القبض. وهذا اتجاه: أحمد في رواية وجماعة من أصحابه^(١)، وأبي حنيفة، واختاره جماعة من أصحابه ما دام يراعي فيه العد^(٢).

وذهب فريق رابع إلى: إلحق ما يباع بالذراع (المتر ونحوه) بالمكيل والموزون. وهذا اتجاه: أبي حنيفة إذا أفرد لكل ذراع ثمن^(٣).

وذهب فريق خامس إلى: عدم جواز المبيع قبل قبضه إذا كان منقولاً، وجوائزه إذا لم يكن منقولاً كالعقار. وهذا اتجاه جمهور الحنفية.

ومن الجدير بالتنبيه عليه: أن المنقول يشمل المكيل والموزون والمعدود والمزروع (على تفصيل فيه)^(٤).

وذهب فريق سادس إلى: التفرقة في الطعام بين ما يباع بالكيل أو الوزن على التوفيق، وبين ما يباع منه جزافاً. فيمنع الأول قبل القبض، وأجاز الثاني.

حيث ذهب أكثر أصحاب مالك إلى جواز بيع الطعام قبل قبضه ما دام قد اشتراه جزافاً، فيكون له الحق بالبيع دون نقله عن موضعه، غير أنه قيده مالك بأن لا يكون في بيع العينة^(٥)، وإذا كان بالعينة فلا بد أن لا يكون بأكثر

(١) بدائع الصنائع (٣٢٥١/٨)، وحاشية ابن عابدين (١٦٤ - ١٦٢/٤)، وتبين الحقائق (٤/٨١)، والمبسوط (١٤/٣)، وفتح القدير (٧/٢٢).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) العينة هي: أن يبيع رجل بضاعة لآخر بثمن، ثم يشتريها منه بثمن مؤجل أقل من الثمن الأول، فهذا حرام، لأنه وسيلة إلى الربا عن طريق التحايل، انظر: مبدأ الرضا في العقود، ط دار البشائر الإسلامية (٢/١٢٢٥).

من ثمن المثل^(١).

وبعض العلماء جعلوا هذا المعيار عاماً فقالوا: كل ما بيع بالكيل، أو الوزن، أو العد، أو الذراع، لا يجوز بيعه قبل قبضه، وكل ما بيع جزافاً يجوز سواء كان طعاماً أو غيره^(٢).

وبعد استعراض هذه الآراء التي لا يسع البحث ذكر جميع أدلةهم، ومناقشتها، نرى أن الراجح هو:

جواز التصرف بعد العقد وقبل القبض إلا في الطعام^(٣).

هذا فيما يخص المتن الرابع، ولكن المتون الثلاثة الأولى لحديثنا: — لا تتناول موضوع البيع قبل القبض وبعد العقد، فمدلولها واضح في أن الرسول ﷺ نهى عن بيع شيء معين قبل أن يشتريه، حيث كان سؤال حكيم في هذا — كما سبق — .

إذن لا يشمل ببيع شيء اشتراه الشخص فعلاً لكنه لم يقبضه بل مفهومه المخالف يدل على صحة ذلك، وذلك لأن حكيم بن حزام قال: «يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، فأبأيه؟ وفي رواية: «يطلب مني المتع وليس عندي فأبأيه؟»، فالحديث في بيع شيء معين في السوق قبل شرائه، ومفهومه المخالف يدل على أنه لو اشتري فله الحق أن يبيع قبل القبض، والعنديه هنا — كما سبق — عنديه الحكم والتمكين، وهي متحققة بأصل العقد حيث هو ناقل للملكية بجعل الشارع، تنفيذاً لقوله

(١) المدونة (٩/٨٨—٨٩)، وشرح الخرشي (...).

(٢) المجموع (٩/٢٦٤/٢٧) والمصادر السابقة.

(٣) يراجع في تفصيل ذلك: بحثنا عن القبض وصوره المعاصرة، المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة بجدة ١٩٩٠م.

تعالى : ﴿يَنَاهَا أَلَّذِينَ مَأْمُونُوا وَفَوْأَلَّعْوَادِ﴾^(١).

٥ - بيع مال الغير دون إذنه :

سيق أن رأينا أن بعض الفقهاء : أدخلوا في معنى هذا الحديث بيع مال الغير دون إذنه، وهذا ما استدل به الشافعية على عدم صحة عقد الفضولي، على العَجَدِ^(٢). بينما ذهب الجمهور : إلى أن عقده موقوف على الإجارة^(٣). والتحقيق أن مورد الحديث مختلف عن عقد الفضولي، وذلك :

لأن الحديث وارد في جواب سائل تلاحظ فيه الظروف والملابسات التي أحاطت به، فهو في شخص يأتي إليه آخر طالبا منه شيئاً، فيعقد البيع معه عليه مباشرة، ثم يذهب إلى السوق فيشتري فيسلمه، أما بيع الفضولي – مثلاً – فهو شخص يريد أن يقدم خدمة لصاحبه فيبيع له أو يشتري ظناً منه أن له رغبة في ذلك، أو أن يوكله صاحبه بالشراء، فيشتري له، ثم يبيع له إفاده إليه، كما حدث بالنسبة للصحابي الجليل حكيم بن حزام نفسه، وكذلك عروة البارقي، حيث أخذ كل واحد ديناراً من رسول الله ﷺ ليشتري به أضحية – بالنسبة لحكيم – ، وشاة – بالنسبة لعروة – فاشترى شاتين بدينار، ثم باع واحدة منهما، ثم أتى بشاة ودينار^(٤).

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) يراجع في تفصيل ذلك : فتح القدير مع شرح العناية (٥/١٨٤ – ١٨٥)، والبحر الرائق (٥/٢٧٧)، ومواهب الجليل للخطاب (٤/٢٤٥)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٢ – ١١)، وفتح العزيز للرافعي بهامش المجموع (٨/١٢١ – ١٢٤)، والأشباه والنظائر للسيوطني (ص ٣١٠)، والمجموع (٩/٢٦١)، والمثير في القواعد (٣٤٧/٣).

(٣) نفس المصادر السابقة.

(٤) حديث عروة رواه أحمد والبخاري، وأبو داود، والترمذى وابن ماجه، =

لذلك لا يدخل هذا الموضوع في حديثنا هذا، ولو دخل فهو مخصص
بالأحاديث الثابتة في هذا المجال.

٦ - بيع مال مملوك غير قادر على تسليمه:

أدخله البعض في هذا الحديث، ولذلك لم يجوزوا بيع البعير الشارد،
والعبد الآبق والمال المغصوب مطلقاً، ومنهم من أجازه إذا باعه لمن هو
 قادر على تسليمه، ومنهم من أجازه مطلقاً^(١).

والذي نرى رجحانه: عدم دخول هذه المسائل في مفهوم حديثنا،
فالحديث في بيع عين لا يملكه الإنسان وفيه غرر من حصوله، فلا يتناول
هذه المسائل السابقة لأنها إما أعيان موجودة أو موصوفة في الذمم.

وأن ما ذكر في المسألة الأخيرة أعيان موجودة مملوكة لأصحابها،
وإذا كان هناك مانع من التسليم والتسليم فذلك أمر آخر لا يعود إلى مدلول
حديثنا والله أعلم.

علاقة الحديث بالتطبيقات المعاصرة

حاول بعض الباحثين الاحتجاج بحديث حكيم بن حزام في عدم صحة
بعض العقود المعاصرة، ونحن هنا نذكر أهمها مع التعليق على ما ذكر حولها
لتبين لنا مدى صحة الاحتجاج به في هذه التطبيقات:

والدارقطني. وأما حديث حكيم بن حزام فرواه أبو داود والترمذى. انظر: صحيح
البخاري مع الفتح - المناقب (٦٣٢/٦)، وسنن أبي داود - مع العون
(٢٤٣ - ٢٣٨/٩)، قال النووي في المجموع (٢٦٢/٩): «وإسناد الترمذى
صحيح، وإسناد الآخرين حسن فهو حديث صحيح»، ونيل الأوطار (١٢/٧).

(١) يراجع المجموع (٢٦٢/٩).

أولاً: المربحة.

ثانياً: عقد الاستصناع.

ثالثاً: بعض عقود البورصة.

أولاً — المربحة:

وهي في اصطلاح الفقهاء: البيع برأس المال مع ربح معلوم، كنسبة ١٠٪ مثلاً أي أنها تقوم على أساس الثمن الأول، ثم إضافة الربح إليه^(١).

وفي عصرنا الحاضر: تجربة البنوك الإسلامية — في الغالب — على ضوء ما يأتي:

— يأتي الراغب في الشراء إلى البنك، فيعرض عليه رغبته في شراء سيارة أو عقار أو نحو ذلك، ويوقع على وعد بالشراء، ثم يقوم البنك بشراء المطلوب لنفسه، ثم يقوم ببيعه للراغب على أساس المربحة، وبقيمة التكلفة الكلية للبضاعة مع إضافة نسبة من الأرباح إليها، وحتى يطمئن الطرفان من جدية الإقدام يشترطان دفع نسبة مقدمة من قيمة البضاعة وأنه إذا امتنع أحدهما عن تنفيذ هذا الوعد يتحمل كل الأضرار التي تلحق الطرف الآخر^(٢).

(١) يراجع: المبسوط للسرخسي (١٢/٨٣)، والمدونة الكبرى (٣٢٥/٣)، وفتح العزيز (٤/٥)، وروضة الطالبين (٣/٥٢٧)، والمعنى لابن قدامة (٤/١٩٩)، ويراجع للمزيد من التفصيل: كتاب فضيلة أستاذنا الجليل الدكتور يوسف القرضاوي: بيع المربحة للأمر بالشراء كما تجربة المصارف الإسلامية، ط دار القلم — الكويت ١٩٨٤، وبيع المربحة، تأليف أحمد سالم ط الرسالة الحديثة — عمان (ص ٢٧)، وما بعدها.

(٢) يراجع: أ. د. القرضاوي المرجع السابق (ص ١١٦)، وينظر: في عقود المربحة المعمول بها في مصرف قطر الإسلامي، وبنك قطر الدولي الإسلامي.

فذهب جماعة من المعاصرين إلى أن ذلك التواعد ملزم للطرفين اعتماداً على ما ذهب إليه بعض العلماء – منهم ابن شبرمة^(١). وذهب آخرون إلى أن الوعد ملزم دون المواجهة، وهذا ما عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة.

وهذا العقد بهذه الصورة اعتبرض عليه البعض اعتماداً على مدلول حديث حكيم بن حزام وعمرو بن شعيب، وقالوا: أنه داخل في بيع المعدوم، وبيع ما ليس لدى الإنسان^(٢) ..

والتحقيق:

أن المراقبة لا تدخل في هذا الحديث أبداً من عدة وجوه:

الوجه الأول: أن المعنى الراجح للحديث السابق هو النهي عن بيع شيء معين لا يملكه وهو على غرار من حصوله – كما سبق – ..

وفي ضوء هذا المعنى: لا تدخل المراقبة في الحديث، حيث إن المصرف الإسلامي لا يبيعه شيئاً معيناً، وإنما أخذ من الراغب وعداً، ثم قام بشرائه فعلاً، ثم باعه مع ربح معلوم، فأين هذا من واقعة حديث حكيم بن حزام؟

الوجه الثاني: أنه ليس صحيحاً أن المعدوم مطلقاً لا يجوز بيعه، بل فيه تفصيل سبق ذكره.

(١) يراجع في تفصيل ذلك كتابنا: مبدأ الرضا في العقود، ط بيروت ١٠٣٢/٢ – ١٠٣٦.

(٢) منهم د. محمد سليمان الأشقر في بحثه المعنون: بيع المراقبة كما تجريه البنوك الإسلامية، ط مكتبة الفلاح، الكويت.

يقول الأستاذ القرضاوي: «وهنا نقرر مطهتين: أن العلماء الذين شاركوا في مؤتمر المصرف الإسلامي الأول في دبي، ومؤتمر المصرف الإسلامي الثاني في الكويت إنما أجازوا للمصرف الإسلامي البيع للأمر بالشراء إذا تملك السلعة بالفعل، وما يجري بين المصرف وطالب الشراء قبل ذلك إنما هو مواعدة بينهما، وليس ببيعًا ولا شراءً»^(١).

الوجه الثالث: أنه ليس صحيحاً إطلاق القول بعدم جواز بيع المعدوم، بل فيه تفصيل سبق ذكره، ولذلك أكد شيخ الإسلام ابن تيمية: «أن عدم جواز بيع بعض أشياء معدومة لا يعود إلى كونها معدومة، بل إلى وجود غرر فيها، كما أن الغرر في الموجود يجعل بيعه غير صحيح»^(٢).

وقد ذكرنا أن السلم جائز مع أن محله غير موجود وقت العقد.

الوجه الرابع: إطلاق القول بعدم جواز بيع ما لا يملكه الإنسان غير دقيق، وقد سبق أن ذكرنا أن جمهور العلماء يذهبون إلى صحة عقد الفضولي الذي باع شيئاً معيناً للآخر، لكنه موقوف على إجازته.

والمشكل هو أن هذه الإطلاقات - من عدم جواز بيع المعدوم ونحوه - شاعت فغلبت على التحقيق والتدقيق، وغدت تردد حتى أصبحت كأنها قاعدة قطعية، أو كلية يقينية من كليات الشريعة ومبادئها.

ثانياً - عقد الاستصناع:

هو: عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة^(٣).

(١) بيع المرابحة (ص ٨٣).

(٢) مجموع الفتاوى (٥٤٢/٢٠).

(٣) هذا هو تعريف مجلة الأحكام العدلية المادة ١٢٤٤، ويراجع: بدائع الصنائع (٦/٢٦٧٧)، وحاشية ابن عابدين (٤/٢١٢)، وفتح القدير (٧/١١٤)، وحاشية =

وكانت صورته في القديم بسيطة ، حيث يجري على الصناعات الخفيفة كالحذاء والشباك ، ونحوهما .

وقد تطور اليوم في البنوك الإسلامية حيث يتم من خلاله استصناعة مختلف الصناعات ، والمقاولات ^(١) .

ذهب البعض – قديماً وحديثاً – إلى منع عقد الاستصناعة؛ بناءً على أنه عقد وارد على معدوم ، أو على ما ليس عنده .
– وذهب بعضهم الآخر إلى أن الأصل فيه عدم الجواز ، لكن أجيزة في حدود ضيقية للضرورة أو الحاجة الملحة .

وقد رجحنا في بحثنا المقدم إلى الدورة السابعة لمجمع الفقه الموقر ، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي لزوم عقد الاستصناعة ^(٢) وأنه عقد مستقل .
وهو لاء الذين منعوه استندوا إلى هذا الحديث .

التحقيق:

ولكن التحقيق هو أن عقد الاستصناعة: عقد وارد على عمل في شيء موصوف في الذمة ، وهو في ذلك مثل السَّلَم ، ولكنه يختلف عنه من حيث إن السَّلَم وارد على العين فقط دون العمل ^(٣) .

فهذا الحديث – كما سبق – في بيع عين على غرر ، وليس في بيع

الدسوقي على الشرح الكبير (٢١٦/٢) ، والمقدمات لابن رشد (٣٢/٢) ، والأم (١٣١/٣) ، والمعنى لابن قدامة (٤/٣١٠-٣١٦) .

(١) يراجع في تفصيل ذلك بحثنا: عقد الاستصناعة المقدم إلى الدورة السابعة لمجمع الفقه الموقر ، حيث أقر – بفضل الله تعالى . . . أن عقد الاستصناعة عقد ملزم للطرفين ، وأنه عقد وارد على العمل والعين في الذمة .

(٢) نفس المرجع السابق .

(٣) نفس المرجع السابق .

شيء موصوف في الذمة، وقد قال المحققون: «إن الموجود في الذمة كالموارد حقيقة»^(١).

ثالثاً — بعض عقود البورصة:

لا شك أن هذا الحديث يعالج كثيراً من العقود التي تجري في الأسواق المالية (البورصة) حيث تجري دون أن يكون لها محل معين، ولا شيء موصوف في الذمة، ولا تتوفر فيها الشروط والضوابط الشرعية، ويكون فيها غرر بين واضح مثل ما يسمى: بعقود المربحة والوضيعة^(٢)، وعقود الاختيارات ونحوها^(٣).

الخلاصة

بعد هذا الاستعراض الشامل لروايات الحديث، وألفاظه ومعناه، وفقهه، وما أثير حوله من نقاش وجداول وصلنا إلى التائج التالية:

١ — أن الحديث ثابت ينها حجة، فهو إما صحيح — وهذا هو الراجح — أو أنه لا تقل درجته عن الحسن، وأن عدم رواية الشيوخين له في

(١) زاد المعاد (٨١١/٥).

(٢) المربحة والوضيعة مما في البورصة مختلفان تماماً عن المربحة والوضيعة في الفقه الإسلامي، فمثلاً تعني المربحة في البورصة طلب تأجيل موعد تسوية الصفقة حتى موعد التصفية اللاحق، وذلك يحدث عندما يشعر المتعاملون في السوق بأنهم لن يستطيعوا تفادي الصفقة التي عقدوها نظراً لتطور الأسعار خلافاً لتقديراتهم، فيلجأون إلى المربحة والوضيعة.. يراجع في تفصيل ذلك بحثنا: الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي. المقدم للدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي التاسع لمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي عقد بجدة من ٧ — ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ — ١٤ مايو ١٩٩٢م.

(٣) يراجع بحثنا السابق ومراجعة ومصادره المعتمدة.

صحيحيهما لا يعني القدح فيه، وذلك لأنهما لم يستوعبا كل الأحاديث الصحيحة بالاتفاق.

٢ – وأن النهي في الحديث يدل على حرمة المنهي عنه ولا سيما أن هناك قرائن تعينه لذلك مثل: بعض روایاته الواردة بلفظ: «لا يحل».

٣ – وأن النهي فيه لأجل وصف لازم، وحيثئذ يدل على فساد المنهي عنه – كما هو رأي الجمهور – وهذا يعني أن بيع شيء معين بذاته وفيه غرر محقق من الحصول عليه – يكون فاسداً، أو باطلأ.

٤ – أن معنى الحديث – بعد التحقيق والتدقيق – ينحصر في النهي عن بيع شيء معين غير مملوک لبائعه يكون على خطر الحصول عليه، بأن يبيعه لشخص، ثم يذهب إلى السوق فيبحث عنه، وإذا وجده يشتريه، ثم يسلمه إلى المشتري، وهذا غرر واضح، وجهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع بين الطرفين، حيث قد يقول المشتري ليس هذا هو الذي طلبه، لأنه لم يره، ولا وصف له بالأوصاف المطلوبة، ولذلك لو وصف له الأوصاف المطلوبة فيكون بيعاً على الصفة، أو سلماً أو استصناعاً – كما سبق – فلا يدخل حيئذ في الحديث، فمعناه يتفق تماماً مع حديث النهي عن الغرر.

٥ – أن الحديث هذا: لا يتناول بيع المعدوم لأنه معدوم بل إنما يشمله إذا كان فيه غرر – كما قرر ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية – وذلك لأن الشرع قد صلح بيع المعدوم في بعض الموارض.

٦ – أن الحديث لا يتناول معناه السلم، لأن المعقود عليه شيء موصوف في الذمة، وأنه لا يمكن اعتبار السلم استثناء من هذا الحديث، للاعتبارات التي ذكرناها.

٧ – أن هذا الحديث يتفق مع حديث الغرر من حيث الدلالة والهدف.

٨ — دل المتن الرابع على النهي عن بيع الطعام قبل شرائه واستيفائه بالكيل وهذا هو رأي جماهير الفقهاء — كما سبق — ولكن جماعة من الفقهاء استدلوا بحديث حكيم «لَا تَبْعَثْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» وحديث عمرو بن شعيب السابقين على عدم جواز البيع قبل القبض حتى ولو حصل التعاقد، وعمموا دلالتهما لتشمل جميع الأشياء، وقد أوضحنا أنهم لا يدلان على هذه المسألة.

٩ — أن الحديث هذا لا يتناول عقد الفضولي، ولا بيع مال مملوك غير قادر على تسليمه، وذلك لأن مورد الحديث في غير هذين الموضعين — كما سبق — .

١٠ — أوضحنا علاقة الحديث ببعض التطبيقات المعاصرة لعقود المراقبة، والاستصناع، وأثبتنا أنهم خارجان عن نطاق هذا الحديث، لكننا أوضحنا أن مدلوله يشمل جملة من العقود الواردة في الأسواق المالية (البورصة) مثل عقود الاختيارات ونحوها.

وأخيراً :

ذلك هو جهدي المتواضع مع هذا الحديث النبوى الشريف الذى يعد بحق من كنوز السنة المطهرة، ومن جوامع الكلم، فإن كنت قد وفقت فذلك بفضل الله وتوفيقه، وإلا فعذرني أنني بذلت كل ما في وسعي — على الرغم من كثرة الواجبات — وابتغيت رضاء الله تعالى بخدمة سنة نبى متضرعاً إليه بأن يبارك في علمنا وعملنا وعمرنا، ويجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم، ويعصمنا من الخطأ والزلل في العقيدة والقول والعمل، إنه مولاى فنعم المولى ونعم المصير.



رَفِعُ
عِبْدُ الرَّحْمَنِ الْجَنَّابِيُّ
الْأَسْلَمُ لِلَّهِ الْفَرَوْكِيُّ

عقد الاستصناع
بين الاتباع والاستقلال
وبين اللزوم والجواز

تمهيد:

أولى الإسلام عنابة كبرى بالصناعة والاستصناع، في وقت كانت العرب — وغيرهم من الأمم — تنظر إلى الصناعات والحرف نظرةً فيها التقليل من شأنها، فنزلت الآيات الدالات على أهمية الصناعة في حياة الأمة حتى قرن الله تعالى الحديد مع القرآن الكريم في الإنزال: «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا
بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ
فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ»^(١).

وبين القرآن الكريم في مقام الامتنان بالنعم العظمى أن الله علّم أحد أنبيائه العظام — وهو داود عليه السلام — صنعة اللباس الحديدي، والدرع حيث يقول: «وَعَلَّمَنَا صَنْعَةَ لَبُوْسٍ لَكُمْ لِتُحَصِّنُكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ
شَكِّرُونَ»^(٢).

كما يجعل الرسول ﷺ الصناعة اليدوية، بل كل ما تصنعه

(١) سورة الحديد: الآية ٢٥.

(٢) سورة الأنبياء: الآية ٨٠.

اليد من أفضل الأعمال حيث يقول: «ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده، وإن نبى الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده»^(١).

وجاء فقهاؤنا العظام منذ بداية القرن الثاني الهجري – مثل أبي حنيفة وصاحبيه، وكذلك غيرهم – بتنظيم عقد الاستصناع وأهميته، وبيان شروطه وضوابطه، وفروعه ومسائله.

كل ذلك يحدث في هذا الوقت المبكر، بينما الغرب لم يصل إلى تقيين عقد الاستصناع إلا في وقت متأخر جدًا، حيث نرى أن (دافيد) يستغرب جدًا عن عدم وجود تنظيم لعقد الاستصناع في التقين المدني الفرنسي الذي صدر عام ١٨٠٤م، ويعزى ذلك إلى أن مشرعه هذا القانون لم يكونوا يعرفون هذا العقد بصورة كاملة، وذلك بسبب عدم ظهور هذا العقد آنذاك^(٢).

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على عظمة هذا الفقه الإسلامي العظيم، وسبقه بقرون عدة في كل مجالات التشريع.

ونحن نحاول في هذا البحث المتواضع أن نستعرض عقد الاستصناع مرتكزين على أمرين أساسين هما، هل هذا العقد عقد مستقل، أم تبع وداخل في عقود أخرى؟ وهل هو عقد لازم أم هو عقد جائز؟

وقد بذلت كل جهدي في رجوعي إلى المصادر المعتمدة في كل مذهب، وبيان آراء الفقهاء، والاستفادة منها.

(١) رواه البخاري في صحيحه – مع الفتح – كتاب البيوع – ط السلفية (٤/٣٠٣).

(٢) المشار إليه في: عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، لكاتب عبد الكري姆، ط الإسكندرية، المقدمة.

ولكنه مع ذلك لم يقف جهدي عند هذا الحد، بل حاولت الوصول إلى صورة متكاملة لعقد الاستصناع وإن كان ذلك على حساب مخالفة الرأي الذي عليه الجمهور، لأنني وضعت نصب عيني مقاصد الشريعة ومبادئها الكلية، بل قدمت السير في ظلالها على السير في ظل التفسيرات الفرعية.

فمثلاً: إذا كنت قد أخذت لزوم عقد الاستصناع من روایة لأبی يوسف فإنني لم أقف عند قوله — مع قول بقية الحنفية — ببطلان الاستصناع بموت أحد الطرفين، وإنما قلت ببقيائه، وانتقال الحق إلى الورثة. بل لاحظت التنظيمات الموجودة للشركات والمصانع في عصرنا الحاضر، التي اعترفت فيها بوجود شخصية معنوية لها تستمر ما دامت الشركة قائمة دون النظر إلى أصحابها ومدرائها، ولذلك قلت بعدم بطلان الاستصناع بموت أحد العاقدين. كما أن قول الحنفية هذا قياس على الإجارة التي هي نفسها محل خلاف في بطلانها بموت أحد العاقدين، بل الجمهور على عدم بطلانها.

ومن هنا قشت الاستصناع في عدم البطلان بموت أحد العاقدين على الإجارة على مذهب الجمهور، بل إننا لسنا بحاجة إلى القياس لأن الاستصناع عقد مستقل.

وهكذا حاولنا أن نبذل كل ما نستطيع بذلك للوصول إلى صورة متكاملة محققة لمصلحة الطرفين، ومصلحة الأمة في الازدهار والتنمية والاستقرار.

والله أسأل أن يجعل جميع أعمالي خالصة لوجهه الكريم، وأن يعصمنا من الخطأ في القول والعمل.

الاستصناع لغةً واصطلاحاً

الاستصناع في اللغة :

الاستصناع لغةً: مصدر «استصنع» بمعنى طلب الصنعة، فيقال: استصنع الشيء أي دعا إلى صنعه، وأصله: صنع يصنع صنعاً، فهو مصنوع وصنيع. والصناعة: حرفة الصانع. والصناعة: ما تستصنع من أمر^(١).

* وقد ورد لفظ «صنع» ومشتقاته في القرآن الكريم عشرين مرة: منها قوله تعالى: «وَلَا يَرَأُ الَّذِينَ كَفَرُوا مُتَصَبِّبِهِمْ بِمَا صَنَعُوا قَارِعَةً أَوْ تَحْلُّ قَرِبَاءً مِنْ دَارِهِمْ...»^(٢)، حيث أطلق على ما يصنعه الإنسان.

ويطلق على صناعة السحر حيث يقول تعالى: «وَالَّقِيَ مَا فِي يَمِينِكَ تَلَقَّفَ مَا صَنَعُوا إِنَّمَا صَنَعُوا كَيْدَ سَاحِرٍ...»^(٣).

وعلى صناعة السفينة حيث قال: «وَيَصْنَعُ الْفُلَكَ»^(٤)

ومنها قوله تعالى: «وَأَضَطَنَتْكَ لِنَفْسِي...»^(٥): قال الماوردي: «يتحمل وجهين: أحدهما: خلقتك، مأخوذ من الصنعة. الثاني: اخترتك، مأخوذ من الصناعة»^(٦).

(١) لسان العرب، ط دار المعارف (ص ٢٥٠٨)، وكشاف إصلاحات الفنون، ط الهيئة العامة للكتاب (٤/٢٣٥).

(٢) سورة الرعد: الآية ٣١.

(٣) سورة طه: الآية ٦٩.

(٤) سورة هود: الآية ٣٨.

(٥) سورة طه: الآية ٤١.

(٦) تفسير الماوردي، ط أوقاف الكويت (٤/١٥).

ومنها قوله تعالى: ﴿صَنَعَ اللَّهُ الَّذِي أَنْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ...﴾^(١) أي: فعل الله الذي أنقن كل شيء^(٢). ويبدو أن الصنع أخص من مطلق الفعل.

ومنها قوله تعالى في حق داود عليه السلام: ﴿وَعَلِمَنَاهُ صَنْعَكَهُ أَبُوسِ لَكُمْ لِتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُم﴾^(٣).

ومنها قوله تعالى: ﴿وَتَتَّخِذُونَ مَصَانِعَ لَعَلَّكُمْ تَخْلُدُونَ﴾^(٤).

* وقد تكرر لفظ «صنع» ومشتقاته في السنة المشرفة كثيرة:

منها: إطلاق الصنع على الأفعال وصنعة الأشياء مثل قول: «رأيت رسول الله ﷺ صنع مثل هذا»^(٥) أي: فعل كذا، عن الوضوء والمسح على الخفين.

ومنها: إطلاقه على صنع المنبر^(٦).

ومنها: ما رواه البخاري وغيرهم بسندهم عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ أصطنع خاتماً من ذهب، وكان يلبسه فيجعل فصه في باطن كفه، فصنع الناس خواتيم، ثم إنه جلس على المنبر فنزعه، فقال: إني كنت ألبس الخاتم.. فرمى به، ثم قال: «والله لا ألبسه أبداً» فنبذ الناس خواتيمهم»^(٧).

(١) سورة النمل: الآية ٨٨.

(٢) تفسير الماوردي (٢١٢/٣).

(٣) سورة الأنبياء: الآية ٨٠، قال الماوردي (٥٣/٣): فيه وجهان: أحدهما: «لبوس»: الدرع الملبوس، والثاني: أن جميع السلاح لباس عند العرب.

(٤) سورة الشعراء: الآية ١٢٩.

(٥) صحيح البخاري، الصلاة – مع الفتح – (٤٩٤/١).

(٦) مسند أحمد (١٣٧/٥).

(٧) صحيح البخاري – مع الفتح – كتاب الإيمان (١١/٥٣٧)، وأحمد (٣/١٠١).

وترجم ابن ماجه في سنته : باب الصناعات .

وترجم الترمذى في سنته : باب ما جاء في صنائع المعروف .

والمقصود من هذا السرد أن هذه الكلمة مما شاع استعمالها في القرآن الكريم والسنّة في معانيها اللغوية التي تشمل الحرفة ، وغيرها من أي عمل كان ، وفي إيجاد الشيء من العدم ونحو ذلك .

الاستصناع اصطلاحاً :

وقد عرّف الاستصناع – في عرف من قالوا به – عدة تعريفات :

منها : تعريف رجحه الكاسانى واختارتة الموسوعة الفقهية^(١) وهو : أن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل^(٢) .

غير أن الكاسانى ذكر عدة تعريفات فقال : «وأما معناه فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : هو مواعدة ، وليس ببيع . وقال بعضهم : هو بيع لكن للمشتري فيه خيار ، وهو الصحيح بدليل أن محمداً رحمة الله ذكر في جوازه القياس والاسْتَحْسَان ، وذلك لا يكون في العادات (أي الوعود) وكذا أثبت فيه خيار الرؤية ، وأنه يختص بالبياعات . . .

ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع . قال بعضهم : هو عقد على مبيع في الذمة . وقال بعضهم : هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل» .

ثم رجح الكاسانى التعريف الأخير فقال : «والصحيح هو القول

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ، ط أوقاف الكويت (٣٢٥/٣) .

(٢) بدائع الصنائع ، ط الإمام بالقاهرة (٦/٢٦٧٧) .

الأخير، لأن الاستصناع، طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلماً، وهذا العقد يسمى استصناعاً^(١).

ومنها ما ذكره ابن عابدين حيث قال: «وأما شرعاً، فهو: طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص»^(٢).

وقال البابرتى: «والاستصناع هو: أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول: صانع لي شيئاً صورته كذا، وقدره كذا، بكم درهماً. ويسلم إليه جميع الدرام أو بعضها، أو لا يسلم»^(٣).

وعرفه مجلة الأحكام العدلية في مادتها (١٢٤) بأنه: عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة.

و جاء في بعض كتب الحنابلة: «استصناع سلعة يعني: يشتري منه سلعة، ويطلب منه أن يصنعها له، مثل أن يشتري منه ثوباً ليس عنده، وإنما يصنعه له بعد العقد»^(٤).

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٦٧٧). ويراجع: المحيط البرهانى، مخطوطه مكتبة الأوقاف العامة ببغداد ج ٢ ورقة ٥٧٢.

(٢) رد المحتار على الدر المختار، ط دار إحياء التراث العربي ببيروت (٤/٢١٢).

(٣) شرح العناية مع فتح القدير، ط مصطفى الحلبي / القاهرة (٧/١١٤).

(٤) كتاب الفروع لابن مفلح، مع ملاحظة ما ذكره مراجع الكتاب من أن العبارة السابقة من هامش مخطوط الأزهر (٤/٢٤). ويراجع: عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، لكتاب عبد الكريم البدران، ط دار الدعوة الإسكندرية (ص ٦٣ وما بعدها).

أنواع الاستصناع

بالنظر إلى ما ذكره المالكية، نجد أنهم يذكرون للاستصناع أربعة أنواع، نذكرها هنا لأهميتها، وهي – كما ذكره ابن رشيد في مقدماته – :

النوع الأول: أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ولا يعين ما يعمل منه.

فهذا النوع سلم على حكم المسلم لا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال.

النوع الثاني: أن يشترط المسلم عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه.

فهذا النوع ليس بسلم، وإنما هو من باب البيع، والإجارة في الشيء المباع، فإن كان يعرف وجہ خروج ذلك الشيء من العمل، أو تمكن بإعادته للعمل، أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك، فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد، وتأخيره. وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى ثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل^(١). غير أن أشهب أجاز في السلم تعين المصنوع منه والصانع، خلافاً لابن قاسم^(٢).

النوع الثالث: أن لا يشترط المسلم عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه.

فهذا النوع أيضاً من باب البيع والإجارة في المباع، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام – بتعجيل النقد وتأخيره.

(١) المقدمات الممهدات، ط دار الغرب الإسلامي (٢/٣٢).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط عيسى الحلبي (٣/٢١٦).

النوع الرابع: أن يشترط المسلم عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل منه.

فهذا النوع لا يجوز على حال، لأنه يجتذبه أصلان متناقضان هما: لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضموناً، وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه^(١).

وذكر العلامة الدسوقي في بعض هذه المسائل، فقال: «وصورته: وجدت نحاساً يعمل طشتاً، أو حللاً، أو توراً، أو غير ذلك، فقلت له: كمله لي على صفة كذا بدينار؛ فيجوز إن شرع في تكميله بالفعل، أو بعد أيام قلائل كخمسة عشر يوماً فأقل، وإلا منع، لما فيه من بيع معين يتأخر قبضه. ومحل الجواز أيضاً إذا كان عند النحاس نحاس بحيث إذا لم يأت على الصفة المطلوبة كسره وأعاده وكمله مما عنده من النحاس...».

وقد جعل مج (أي الشيخ محمد الأمير) وعقب (أي الزرقاني) وشارحنا هذه المسألة تبعاً لابن الحاجب والتوضيح من باب اجتماع البيع والإجارة، وهو مغایر لأسلوب المصنف، ويصح أن يكون من باب السلم بناءً على مذهب أشهب المجوز في السلم تعين المصنوع منه والصانع، هنا عين المصنوع منه، وهذه يمنعها ابن القاسم^(٢).

وعلى العلامة الدردير على قول خليل في إطلاق لفظ السلم على النوع الثاني فقال: «إطلاق لفظ السلم على هذا الشراء مجاز، وإنما هو بيع معين يشترط فيه الشروع ولو حكماً، فهو من أفراد قوله: «وإن اشتري

(١) المقدمات (٣٢/٢).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/٢١٥)، ويراجع: شرح الخرشفي، طبولاق، مصر (٥/٢٢٤-٢٢٥).

المعمول منه واستأجره جاز إن شرع، ويضمنه مشتريه بالعقد، وإنما يضمنه بائعه ضمان الصناع»^(١).

ثم إن الملكية فرقوا بين مصنوع يمكن إعادةه إلى مادته الخام ليصنع منها آخر، ومصنوع ليس كذلك، يقول الدردير: «ومعنى كلامه: أن ما وجد صانعاً شرع عمل تور مثلاً فاشتراه منه جزافاً بثمن معلوم على أن يكمله له جاز، فإن اشتراه على الوزن لم يضمنه مشتريه إلا بالقبض، وهذا بخلاف شراء ثوب ليكمل فيصنع... لإمكان إعادة التور إن جاء على خلاف الصفة المشترطة أو المعتادة بخلاف الثوب إلا أن يكون عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة»^(٢).

وهذا النص يدل على أن الأساس هنا في الجواز وعدمه هو مدى صلاحية كون المادة الخام لأن يصنع منها المطلوب، ولأن تعاد مرة أخرى ليصنع منها المطلوب مرة أخرى، أو وجود كمية إضافية ليصنع منها آخر حسب الوصف المطلوب.

ومن هنا فالمصنوعات الحديثة التي تقوم بصنعها المكائن حسب قوالب محددة غير مختلفة فلا إشكال في جوازها.

وكذلك فرق الملكية بين الشراء من دائم العمل - أي: محترف الصنعة - كالخباز وغيره، حيث أجازوا شراء ما يصنع دون تعينه، أي: يكون الصانع معيناً، دون المصنوع منه واعتبروه بيعاً، بينما يعتبر سلماً إذا كان الصانع غير محترف أو على حسب تعبيرهم (غير دائم العمل) حيث يكون ديناً في الذمة كعقد على قنطرة خيز

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٢١٥-٢١٦/٣).

(٢) المصدر السابق نفسه.

يؤخذ من المسلم إليه بعد شهر يحدد قدره وصفته .

لكن المالكية جعلوا استصناع السيف والسرج سلماً سواء كان الصانع المعقود عليه دائم العمل أم لا ، يقول الدردير : «والحاصل أن دائم العمل حقيقة أو حكماً إن نصب نفسه على أن يؤخذ منه كل يوم مثلاً ما نصب نفسه له من وزن أو كيل أو عدد ، كالخباز ، واللبان ، والجزار ، والبقال يمكن فيه البيع تارة ، والسلم أخرى بشروطه ، وإلا – (أي إن لم يكن دائم العمل ولا غالبه بأن كان انقطاعه أكثر ، أو تساوى عمله مع انقطاعه) – فالسلم بشروطه كالحداد ، والنجار ، والخباز»^(١) والدليل على جواز ذلك عمل أهل المدينة^(٢) .

ثم إن المالكية مختلفون في أن تعيين المصنوع منه هل يفسد السلم؟ فذهب ابن القاسم إلى أن تعيين المصنوع منه يفسد السلم لأن يقول : اعمل لي من هذا الحديد بعينه ، أو من هذا الخشب بعينه ، لأنه حينئذ لا يكون ديناً في ذاته وبالتالي لا يكون سلماً .

وذهب أشهب إلى جواز أن يكون المصنوع منه معيناً في السلم^(٣) ، وذلك لأن تعيين المصنوع منه لا يضر بطبيعة السلم في نظره ، ولا يوجد نص يمنع ذلك .

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٢١٦/٣ - ٢١٧) .

(٢) جاء في المدونة : «قال مالك : ولقد حدثني عبد الرحمن بن المجر عن سالم بن عبد الله قال : كنا نبتاع اللحم كذا رطلاً بدينار نأخذ كل يوم كذا وكذا ، والثمن إلى العطاء ، فلم ير أحد ذلك ديناً بدين ، ولم يروا به بائساً» - المدونة (٢٩٠/٣) . ويراجع مواهب الجليل (٤/٥٣٨) ، وتبين المسالك ، ط دار الغرب الإسلامي (٤٥٥/٣) .

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي (٢١٦/٣ - ٢١٧) .

الاستصناع بين الاستقلال والاتباع

ثار خلاف بين الفقهاء، فذهب جماعة منهم إلى أن الاستصناع عقد تابع وداخل في أحد العقود المشهورة المتفق عليه، وهؤلاء اختلفوا على ضوء ما يأتي :

١ - هل هو سَلَم؟

هذه المسألة هي مثار خلاف كبير بين الفقهاء، فذهب جمهور الفقهاء (المالكية على تفصيل الشافعية والحنابلة) إلى أن الاستصناع داخل في باب السلم، ولذلك يخضع لشروطه وضوابطه من تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور أو خلال ثلاثة أيام عند المالكية وغير ذلك من شروط السلم.

ومن هنا لم يعترض هؤلاء بالاستصناع كعقد مستقل، وإنما أدخلوه في السلم، ولذلك ذكروه في باب السلم، جاء في المدونة: باب السلف في الصناعات: قلت «ما قول مالك في رجل استصنع طشتاً، أو توراً أو قمماً، أو خفين، أو لبداً، أو استنحت سرجاً، أو قارورة، أو قدحاً، أو شيئاً مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم، أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم. عند الصناع فاستعمل من ذلك شيئاً موصوفاً، وضرب لذلك أجلاً بعيداً، وجعل لرأس المال أجلاً بعيداً، أيكون هذا سلفاً أو تفسده، لأنه ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً، أم لا يكون سلفاً، ويكون بيعاً من البيوع في قول مالك ويجوز؟

قال: أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلاً بعيداً، وجعل ذلك مضموناً على الذي يعملاها بصفة معلومة وليس من شيء بعينه يريه يعمله منه، ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه، وقدم رأس المال، أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين، ولم يضرب لرأس المال أجلاً فهذا السلف جائز، وهو لازم للذى عليه، يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفاً.

قلت: وإن ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً، والمسألة على حالها فسد
وصار ديناً في دين في قول مالك؟

قال: نعم.

قلت: وإن لم يضرب لرأس المال أجلاً، واشترط أن يعمله هو نفسه،
أو اشترط عمل رجل بعينه؟

قال: لا يكون هذا سلفاً، لأن هذا رجل سلف في دين مضمون على
هذا الرجل، وشرط عليه عمل نفسه، وقدم نقهه، فهو لا يدرى أيسلم هذا
الرجل إلى ذلك الأجل فيعمله له أم لا، فهذا من الغرر، وهو وإن سلم عمله له
وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا فيكون الذي أسفل إليه قد
انتفع بذهبته باطلأ.

قلت: لم؟

قال: لأنه لا يدرى أيسلم ذلك الحديد أو الطواهر، أو الخشب إلى
ذلك الأجل أم لا، ولا يكون السلف في شيء بعينه، فلذلك لا يجوز في قول
مالك^(١).

هذا هو نص المدونة نقلناه بطوله لأهميته حيث يدل بوضوح على أن
الاستصناع إنما يصح إذا توافرت فيه شروط السلم وضوابطه.

جاء في حاشية الدسوقي تفصيل أكثر وهو: «وصورته: وجدت نحاساً
يعمل طشتاً، أو حلة، أو توراً، أو غير ذلك، فقلت له: كمله لي على صفة
كذا بدينار فيجوز إن شرع في تكميله بالفعل...» إلى آخر النص^(٢).

(١) المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة الإمام مالك، ط السعادة ١٣٢٣ — القاهرة
١٨/٩ — ١٩.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط عيسى الحلبي (٣/٢١٥ — ٢١٦).

والتحقيق أن المالكية جعلوا إحدى صور الاستصناع سلماً، وبقية صوره الثلاث إما من باب البيع والإجارة – كما في النوع الثاني، والثالث، وإما باطل كما في النوع الرابع – كما سبق –، كما جعلوا بعض صوره بيعاً – كما سيأتي –.

وقد علق العلامة الدسوقي على النوع الذي قيل: إنه من باب البيع والإجارة فقال: وأنت إذا أمعنت النظر وجدته له شبه بالسلم نظراً للمعدوم في حال العقد، وله شبه بالبيع نظراً للموجود، وليس من اجتماع البيع والإجارة، ولكن أقرب ما يتمشى عليه كلام المصنف قول أشهب الذي يجيز تعين المعمول منه^(١)، وحيثئذ يكون سلماً على قول أشهب.

وكذلك الأمر عند الشافعية والحنابلة حيث أدخلوا الاستصناع في باب السلم أيضاً؛ حيث يقول الشافعي في كتاب السلم: «ولا بأس أن يسلفه في طست، أو تور من نحاس أحمر، أو أبيض... أو رصاص... أو حديد، ويشرطه بسعة معروفة، ومضروبًا، أو مفرغًا، وبصنيعة معروفة وبصفة بالتخانة، أو الرقة، ويضرب له أجلاً ك فهو في الثياب وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة، أو الشرط لزمه ولم يكن له رده، وكذلك كل إناء من جنس واحد ضبطت صفتة فهو كالطست... ولا يجوز فيه الإذن إلا أن يدفع ثمنه، وهذا شراء صفة مضمونة فلا يجوز فيها إلا أن يدفع ثمنها، وتكون على ما وصفت» وأجاز الشافعية الاستصناع سواء، كان حالاً أم مؤجلاً لأنه سلم^(٢).

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) روضة الطالبين، ط المكتب الإسلامي (٤/٧) جاء فيه: «يصح السلم الحال، كالمؤجل، فإن صرخ بحلول، أو تأجيل فذاك، وإن أطلق فوجهان، وقيل: فولان، أصحهما عند الجمهور: يصح، ويكون حالاً».

وقد وضع الإمام الشافعي ضابطة في جواز السلم تكمن في ضبط أوصاف المسلم فيه وكون هذه الأوصاف مما يمكن تحقيقها ومعرفتها. ولذلك لم يجز السلم في شيئين مختلطين، مثل أن يتشرط أن يعمل له طستاً من نحاس وحديد؛ وذلك، لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منها^(١)، وعلى ضوء ذلك إذا أمكن معرفته بدقة — كما يحدث اليوم في المصانع التي تضبط المواصفات، والمقادير بدقة — يكون الحكم الجواز، غير أن لازم المذهب ليس بمذهب.

كذلك يذكر الحنابلة موضوع الاستصناع في باب السلم، قال ابن قدامة: «قال القاضي: والذي يجمع أخلاطاً على أربعة أضرب» ثم ذكر ضمن النوع الأول الثياب المنسوجة من قطن وكتان، ثم ذكر كيفية ضبط الثياب، وضبط النحاس، والرصاص والحديد، والخشب وهكذا^(٢)...

وجاء في مطالب أولي النهي، في باب السلم: «ويصح — أي السلم — فيما يجمع أخلاطاً متميزة كثوب نسج من نوعين كقطن وكتان، أو إبريسن وقطن، لإمكان ضبطها بصفة لا يختلف ثمنها معها غالباً»^(٣).

وأما الحنفية فقد فرقوا بين نوعي الاستصناع، حيث جعلوا أحدهما سلماً، جاء في الدر المختار وحاشيته: والاستصناع بأجل — مثل شهر وما فوقه سلم، فتعتبر شرائطه، جرى فيه تعامل كخف وطست ونحوهما، أم لا كالثياب ونحوها. هذا عند أبي حنيفة.

(١) الأم، ط دار المعرفة بيروت (١٣١/٣) ويراجع: الغاية القصوى للبيضاوي، بتحقيق علي القره داغي (٤٩٦/١)، والمحلبي مع حاشيتي القليوببي وعميرة، ط عيسى الحلبي (٢٥٤/٢). وروضة الطالبين، ط المكتب الإسلامي (٤/٢٧).

(٢) المعني لابن قدامة، ط الرياض (٤/٣١٠—٣١٦) ويراجع: الفروع (٤/٢٤).

(٣) مطالب أولي النهي (٣١٠/٣).

أما الصالحان فقالا: إن ما جرى فيه تعاملٌ استصناعٌ، لأن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته، وحينئذ يحمل الأجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لأنَّه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح.

بينما قال الإمام أبو حنيفة: إن النوع الأول أيضًا سلم، لأنَّه دين يحتمل السلم، وهو ثابت بالإجماع، بينما الاستصناع فيه خلاف فكان الحمل على السلم أولى.

وأما إذا كان الأجل أقل من شهر فهو استصناع باتفاقهم ما دام فيما جرى فيه عمل وصنعة^(١).

٢ — الاستصناع بيع:

ذكر المالكية عدة صور للاستصناع — كما سبق — وجعلوا إحداها من باب البيع، وهي ما إذا طلب شخص من النحاس — مثلاً — أن يصنع من نحاسه المعين تورًا — أي طشتاً — قال العلامة الدردير: «إنما هو بيع معين يشترط فيه الشروع ولو حكمًا، فهو من أفراد قوله: وإن اشتري المعمول منه، واستأجره جاز إن شرع، ويضمنه مشتريه بالعقد»^(٢).

ولكن العلامة الدسوقي قال: «واعتراضه شيخنا بأنَّ بينهما فرقاً، لأنَّه هنا وقع العقد على المصنوع، ولم يدخل المعمول منه في ملك المشتري، والآتية دخل في ملكه المعمول منه بالعقد عليه ثم استأجره»^(٣).

وذكر المالكية بعض الصور التي هي فيها صنعة لكنها تدخل في البيع، منها: جواز أن يشتري شخص من دائم العمل أو غالبه — ككون البائع من

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار (٤/٢١٢).

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢١٦).

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢١٦).

أهل حرفة وذلك الشيء لتيسره عنده — وكان الصانع معيناً دون المصنوع منه، فأشبهه المعقود عليه المعين، وذلك مثل الخبازة والجزارة بفقد وبغيره، وكذلك لا يشترط فيه تعجيل رأس المال، ولا تأجيل المثمن، لأنه بيع وهو لا يشترط فيه واحد من الأمرين، وإنما يشترط الشروع في الأخذ حقيقة أو حكماً، بأن يؤخر الشروع في الأخذ خلال خمسة عشر يوماً، حيث أجازوا التأخير لنصف شهر^(١).

يقول العلامة الدسوقي معلقاً على هذا النوع: «إنهم نزلوا دوام العمل منزلة تعين المبيع، وذكر العلامة الدردير مثالين لتطبيق ذلك فقال: «والشراء إما بجملة يأخذها مفرقة على أيام كفنة بكمية كل يوم رطلين»... والمثال الثاني هو أن يعقد معه على أن يشتري منه كل يوم عدداً معيناً، قال الدردير: «وليس لأحدهما الفسخ في الصورة الأولى دون الثانية» حيث البيع فيها جائز غير لازم فلكل واحد منهما في الصورة الثانية حق الفسخ^(٢).

فالمالكية أيضاً أجازوا شراء مصنوع — من نحاس ونحوه — لم يكتمل صنعه جزاً بثمن معلوم على أن يكمله له، بينما منعوا مثل ذلك في ثوب من نسيج إلا إذا كان عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة، قال الدردير: «إن ما وجد صانعاً شرع في عمل تور مثلاً فاشتراه منه جزاً بثمن معلوم على أن يكمله له جاز، فإن اشتراه على الوزن لم يضممه مشتريه إلا بالقبض، وهذا بخلاف شراء ثوب ليكمل فيمنع... لامكان إعادة التور إن جاء على خلاف الصفة المشترطة أو المعتادة، بخلاف الثوب إلا أن يكون عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة»^(٣).

(١) الشرح الكبير، مع الدسوقي (٣/٢١٦) ويراجع شرح الخرشي (٥/٢٢٥).

(٢) نفس المصدر السابق.

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢١٦).

إذن فالسبب وراء الجواز هو قدرة البائع على الوفاء بأداء ما التزم به حسب المواصفات التي طلبت منه.

وهذا الكلام يفيينا جدًا في عصرنا الحاضر حيث القدرة على التحكم في المواصفات متحققة.

وذهب بعض الحنفية إلى أن الاستصناع بيع ملزم للطرفين، وذهب بعضهم الآخر إلى أنه بيع ولكنه للمشتري فيه حق الخيار، قال الكاساني: «وهو الصحيح»^(١)، ثم اختلفوا في أن المبيع هل هو العين، أم عمله^(٢)؟

٣ — الاستصناع بيع وإجارة:

أدخل المالكية بعض صور الاستصناع في باب البيع والإجارة حيث ذكر ابن رشد صورتين واعتبرهما من هذا الباب، وهما:

١ — أن يشترط المسلم عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه، حيث قال: «وهذا ليس بسلم، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو تمكن بإعادته للعمل، أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام، أو نحو ذلك، فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل»^(٣).

٢ — أن لا يشترط عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه، قال ابن

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٦٧٧).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/٢١٣).

(٣) المقدمات والممهدات (٢/٣٢).

رشد « فهو أيضاً من باب البيع والإجارة في المبيع ، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره»^(١) .

الاستصناع إجارة ابتداء وبيع انتهاء:

وذهب بعض الحنفية إلى أن الاستصناع إجارة ابتداء ، وبيع انتهاء ، جاء في الذخيرة : « هو إجارة ابتداء ، وبيع انتهاء . لكن قبل التسليم ، لا عند التسليم ؛ بدليل أنهم قالوا : إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته ، ذكره محمد في كتاب البيوع»^(٢) .

وقد شرح صاحب المحيط البرهاني هذه المسألة في كتابه القيم (المخطوط) شرحاً رائعاً حيث قال : « ثم كيف ينعقد معاقدة ؟ نقول : ينعقد إجارة ابتداء ، ويصير بيعاً انتهاءً متى سلم قبل التسليم فباعه ، بدليل أنهم قالوا : بأن الصانع إذا مات قبل تسليم العمل بطل الاستصناع ولا يستوفي المصنوع من تركته . ولو انعقد بيعاً ابتداءً وانتهاءً ؛ لم يبطل بموته كما في بيع العين . . والسلم .

وقال محمد : إن أتى به الصانع كان المستصنوع بال الخيار ، لأنه اشتري شيئاً لم يره ، ولو انعقد إجارة ابتداءً وانتهاءً لم يكن له خيار الرؤية كما في الخيار والصباغ ، ولو كان ينعقد بيعاً عند التسليم لا قبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لأنه يكون مشترياً ما رأه ، وخيار الرؤية لا يثبت في المشتري ، فعلمنا أنه ينعقد إجارة ابتداء ، وإن كان القياس يأبه ، لأن إجارة على عمل في ملك الآخر ، ثم يصير بيعاً انتهاءً قبل التسليم بساعة ، وإن كان القياس يأبه أن تصير الإجارة بيعاً لكننا تركنا القياس في الكل ، لمكان التعامل .

(١) فتح القدير ، ط مصطفى الحلبي (١١٦/٧) .

(٢) المحيط البرهاني ، مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة ج ٢ ورقة ٥٧٥ .

والمعنى في ذلك أن المستصنعاً طلب منه العمل والعين جمِيعاً فلابد من اعتبارهما جمِيعاً، واعتبارهما جمِيعاً في حالة واحدة متعددة لأن بين الإيجار والإيجار تنافيًّا فجوزناها إيجاراً ابتداءً، لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإيجار ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناها إيجاراً ابتداءً، وجعلناها بيعاً قبل التسلیم.. كما فعلنا هكذا في الهبة بشرط العوض، اعتبرناها تبرعاً ابتداءً عملاً باللفظ، وبيعاً انتهاءً عملاً بالمعنى لذلك قلنا: لو مات قبل التسلیم بطل كإيجاره، ومتى سلم كان المستصنعاً بالخيار، لأنه اشتري ما لم يبره^(١).

٤ - الاستصناع إيجاراً محض؟

ذكر هذا الرأي أو الاحتمال صاحب العناية ورد عليه حيث قال: فإن قيل: أي فرق بين هذا وبين الصباغ، فإن في الصباغ العمل والعين، كما في الاستصناع وذلك إيجاراً محض؟

أجيب: بأن الصباغ أصل، والصباغ آلة، فكان المقصود منه العمل، وذلك إيجاراً وردت على العمل في عين المستأجر، وهو هنا الأصل هو العين المستصنعاً المملوک للصانع فيكون بيعاً، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه إلا بالعمل أشبه الإيجار في حكم واحد لا غير^(٢).

٥ - الاستصناع مواعدة: (أي وعد من الطرفين وليس عقداً): ذهب بعض الحنفية إلى أن الاستصناع مواعدة من الطرفين أولاً، ثم حينما يكمل الصانع المصنوع ويسلمه إلى المصنوع له يصبح بيعاً بالتعاطي، وعلى ضوء ذلك لا يكون عقداً ملزماً للطرفين إلا بعد التسلیم والرضاء به،

(١) شرح العناية على الهدایة، مع فتح القدیر (٧/١١٦).

(٢) المحيط البرهانی، مخطوطۃ مکتبۃ الأوقاف العامة ج ٢ ورقة ٥٧٥.

بل يكون لهما الخيار؛ جاء في المحيط البرهاني في رده على كون الاستصناع موعدة: «إذا جاز استحساناً فإنما يجوز معاقدة لا موعدة بدليل أن محمدًا رحمة الله ذكر فيه القياس والاستحسان، ولو كان موعدة».. لما احتاج إلى ذلك «وأن محمدًا قال في الكتاب إذا فرغ الصانع من العمل وأتى به كان المستصناع بالخيار، لأنه اشتري ماله بره، فقد سماه شراء، وكذلك قال: إذا قبض الأجر فإنه يملك ولو كانت موعدة لا معاقدة لكان لا يصير الأجر ملكاً له. فدل أنها تتعقد معاقدة لا موعدة»^(١).

٦ – الاستصناع له شبه بالسلم والبيع :

جعل المالكية إحدى صور الاستصناع من هذا الباب، وهي ما إذا عين الشخص المصنوع منه والصانع ويطلب منه أن يصنع من نحاسه شيئاً معيناً موصوفاً، قال الدسوقي: «وأنت إذا أمعنت النظر وجدتها لها شبه بالسلم نظراً للمعدوم في حال العقد، ولها شبه بالبيع نظراً للموجود، وليس من اجتماع البيع والإجارة»^(٢).

وهذا الرأي يقرب من القول باستقلالية الاستصناع، حيث إنه ليس مثل السلم في كل الوجوه، ولا مثل البيع في كل الوجوه، وحيثئذ يكون عقداً خاصاً.

٧ – هل هو جعالة؟

الجعالة – كما لا يخفى – هي عبارة عن إلزام عوض معلوم على عمل معين. أو مجهول عسر علمه، وهي عقد على عمل، وهو عقد غير لازم قبل

(١) الدسوقي على الشرح الكبير (٢١٦/٣).

(٢) البجيرمي على شرح الخطيب (٢٣٨/٣) والكتب الفقهية في باب الجعالة، والموسوعة الفقهية (٣٢٦/٣).

الإتيان بالشيء المطلوب^(١) مثل أن يقول: من رد بعيري فله كذا.

وجاء في الموسوعة الفقهية: «الجعالة تتفق مع الاستصناع في أنهما عقدان شرطا فيها العمل، ويفترقان في أن الجعالة عامة في الصناعات وغيرها، إلا أن الاستصناع خاص في الصناعات، كما أن الجعالة العمل فيها قد يكون معلوماً، وقد يكون مجهولاً، في حين أن الاستصناع لا بد أن يكون معلوماً»^(٢).

وكذلك يفترقان في المحل المعقود عليه، حيث هو في الاستصناع عين وعمل، وفي الجعالة له عمل محض فقط.

٨ — الاستصناع عقد مستقل :

الاستصناع عقد مستقل له أركانه وشروطه وأحكامه وأثاره الخاصة، وهذا رأي الحنفية — من حيث المبدأ — عدا زفر^(٣).

المناقشة والترجح :

يمكن أن نناقش الأقوال السابقة بما يأتي:

أولاً: إن الذين قالوا: إنه بيع، اعترف أكثرهم بنوع من التغاير بينه وبين البيع، فمثلاً قالوا: إن الاستصناع يخالف البيع في: اشتراط العمل في الاستصناع دون البيع، وفي إثبات خيار الرؤية عند بعضهم في الأول^(٤).

(١) الموسوعة الفقهية (٣٢٦/٣).

(٢) المصادر الحنفية السابقة كلها.

(٣) بدائع الصنائع (٢٦٧٧/٦)، والمبسوط (٨٤/١٥)، وابن عابدين (٤/٢١٢ — ٢١٣)، وفتح القدير (١١٦/٧ — ١١٧) ويراجع: كاسب عبد الكريم: عقد الاستصناع، ط دار الدعوة بالإسكندرية (ص ١٢٨ — ١٣٠).

(٤) نفس المصدر السابق.

ثم إن الاستصناع لو كان بيعاً لما بطل بموت أحد العاقددين عند الحنفية، كما أن الاستصناع بيع للمعدوم وهو لا يجوز كما يقولون^(١).

نعم إن هؤلاء حاولوا الإجابة عن هذه الاعتراضات، ولكن إجاباتهم أيضاً تحمل في طياتها الاعتراف بوجود شبه للاستصناع بغيره، فمثلاً: قالوا في سبب بطلانه بموت أحد العاقددين: إن له شبهها بالإجارة^(٢).

ثم إن أكثر الحنفية القدماء لم يجعلوا لعقد الاستصناع اللزوم، بل اعتبروه من العقود الجائزه (غير الملزمة للطرفين قبل العمل وبعده) وحيثئذ كيف يكون بيعاً؟ نعم، لو توافرت فيه شروط السلم، أصبح حيئذ عقداً لازماً، لأنه سلم^(٣).

وقال ابن الهمام: «ولا بيعاً لأنه بيع معدوم» على غير شروط السلم، غير أنه أجيزة استحساناً^(٤).

ثانياً: الذين جعلوا الاستصناع إجارة يرد عليهم بوجود فرق كبير بينهما، فالاستصناع وارد على العين والعمل، بينما الإجارة وارد على العمل فقط، وحتى في الاستئجار على الصبغ أن محله الصبغ (أي عمل الصباغ) والصبغ مادته وآلته، فكان المقصود فيه هو العمل فلم يخرج عن إطار الإجارة التي ترد على العمل في عين يملكتها المستأجر.

(١) نفس المصدر السابق.

(٢) ابن عابدين (٤/٢١٣) والمصادر السابقة.

(٣) فتح القدير (٧/١١٥).

(٤) بحث الإجارة في الموسوعة الفقهية الكويتية (١/٢٥٢)، وبحث الاستصناع (٢/٢٢٦)، يراجع د. كاسب عبد الكريم، المرجع السابق (ص ١٣١ - ١٣٢).

أما الاستصناع فالأصل المقصود فيه هو العين المستصنعة المملوكة للصانع. فيكون ما حدث بين الصانع والمستصنع قريباً من البيع^(١)، ولكنه ليس بيعاً - كما سبق - وإنما له شبه به، وبالإجارة في وجود العمل، قال ابن الهمام: «إذا لا يمكن أن يكون - أي الاستصناع - إجارة، لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز، كما لو قال: أحمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا ب Kavanaugh، أو أصبغ ثوبك أحمر ب Kavanaugh، لا يصح»^(٢).

وقد فرق السرخسي بين الاستئجار للصناعة، وبين الاستصناع فقال: «الاستئجار للصناعة هو: بيع عمل، العين فيه تبع»، ثم ضرب مثلاً فقال: «إذا أسلم حديداً إلى حداد ليصنعه إناء مسمى بأجر مسمى... فإنه جائز، ولا خيار فيه إذا كان مثل ما سمي، لأن إثبات الخيار لفسخه ليعود إليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا، فإنه بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه، فاما في الاستصناع: المعقود عليه العين، وفسخ العقد فيه ممكن؛ فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه، وأن الحداد هناك يتلزم العمل بالعقد في ذمته، ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه»^(٣).

ثالثاً: إن الذين قالوا: إنه مواعدة -- وهم قلة -- رد عليهم عامة فقهاء الحنفية فقالوا: إن الاستصناع يختلف عن المواعدة في كثير من الأمور، منها: أن محمداً (صاحب أبي حنيفة) ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون في إثبات العِدَات. ومنها: أنه أثبت فيه خيار الرؤية وهذا

(١) فتح القدير (١١٤/٧ - ١١٥).

(٢) المبسوط (٥/٨٤ - ٨٥).

(٣) المحيط البرهاني، مخطوطه مكتبة الأوقاف ج ٢ ورقة ٥٧٥.

أيضاً يختص بالبائعات . ومنها: أنه يجري فيه التقادسي ، وإنما يتقادسي في الواجب ، لا الموعود ، ومنها: أن الاستصناع خاص بما تجري فيه الصنعة ، والمواعدة تجوز في كل شيء . وقد سبق رد المحيط البرهاني على هذا القول^(١) .

رابعاً: إن الذين أدخلوا الاستصناع في السلم (وحيثئذ تشرط فيه شروطه) فهؤلاء في الواقع لا يعترفون به أبداً ، وإنما الاعتراف بالسلم وأنواعه ، وحيثئذ يرد عليهم بالأدلة الدالة على مشروعية الاستصناع من السنة والاستحسان . إضافة إلى فروق جوهرية بينهما ، فالمعقود عليه في السلم هو الشيء المباع في الذمة . أما في الاستصناع فهو العين والعمل كما سبق .

خامسًا: إن القائلين بأن الاستصناع بيع اختلفوا في محل العقد بشكل يدل بوضوح على الأضطراب وعدم وضوح فكرة البيع فيه ، يقول الكاساني : «ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع ، قال بعضهم : هو عقد على مبيع في الذمة . وقال بعضهم : هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل .

ووجه القول الأول : إن الصانع لو أحضر عيناً كان عملها قبل العقد ورضي به المستচنع لجاز ، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز ، لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي . والصحيح هو القول الأخير ، لأن الاستصناع : «طلب الصنع» ، فما لم يُشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً ، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه ؛ ولأن العقد على مبيع في الذمة يُسمى سلماً ، وهذا العقد يسمى استصناعاً ، واختلاف الأسماء دليل على

(١) بداع الصنائع (٦/٢٦٧٧).

اختلاف المعاني في الأصل. وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما^(١).

كل هذه الاختلافات تدل بوضوح على أن عقد الاستصناع له شبه بعض العقود، ولكنه ليس هو ذلك العقد، وإنما هو عقد مستقل، كما سنوضح ذلك آنفًا.

الترجيح:

و قبل أن نقوم بعملية الترجيح أرى من الضروري تحرير محل النزاع، وإجراء نوع من التفصيل وتنقيح المناط.

وذلك لأن كثيراً من المسائل المختلفة قد حشرت تحت لواء «الاستصناع» بحيث نرى أن كل مسألة في باب البيع، أو الإجارة، أو السلم فيها صنعة أو استصناع لغوي أدخلت في باب الاستصناع؛ ولذلك نرى من الضروري حصر الاستصناع في مفهومه الخاص بحيث لا يكون فيه خلط أو التباس بغيره. كذلك ينبغي إبعاد المسائل — التي هي مندرجة أساساً تحت عقد خاص — عن الاستصناع، ولذلك، إذا صيغ عقد الاستصناع على أساس مواصفات السلم وتوافرت فيه شروطه، فإنه حينئذ سلم، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني، ولذلك لو قال وهبتك هذا الثوب بعشرة دنانير كان بيعاً.

وهكذا الأمر هنا فلو طلب شخص من آخر أن يُصنع — بضم الياء — له مصنوع موصوف في الذمة، ولم يحدد الشخص ولا الشيء المصنوع منه بعينه، فهذا سلم يجب فيه دفع الثمن في المجلس عند الجمهور أو خلال

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٦٧٧).

ثلاثة أيام عند المالكية. وحتى لو سمي استصناعاً فهو من الناحية اللغوية، وحينما يكون سلماً يكون ملزماً للطرفين، ويشترط فيه شروط السلم.

وكذلك الأمر حينما يكون المصنوع جاهزاً فيأتي به الصانع فيبيعه، أو يكون غائباً فيقع عليه العقد، وحينئذ يكون بيعاً للغائب الذي لم يره فيكون له حق خيار الرؤية، وإذا كان قد باعه على الصفة فيكون له الخيار إذا تخلف المصنوع عن الصفات التي ذكرها.

وكذلك الحكم فيما لو صيغ العقد على أساس الإجارة بأن يأتي شخص بكمية من الحديد، ويستأجر الصانع أن يصنع له منه سيفاً أو نحو ذلك، فهذا إجارة ويصبح الصانع أجيراً، ويشترط فيه شروط الإجارة، ويصبح ملزماً للطرفين، وكذلك الأمر حينما يُصاغ على صورة الجعلة أو نحوها.

ولذلك يقول الكاساني: «وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع، فإنما جاز لا بالعقد الأول بل بعد آخر، وهو التعاقد بتراضيهما^(١).

ويقول أيضاً: فإن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إماء معلوماً بأجر معلوم، أو جلداً إلى خفاف ليعمل له خفافاً معلوماً بأجر معلوم فذلك جائز، ولا خيار فيه لأن هذا ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزًا، فإن عمل كما أمر استحق الأجر، وإن فسدة فله أن يضممه حديداً مثله، لأنه لما أفسده فكانه أخذ حديداً له واتخذ منه آنية من غير إذنه. والإماء للصانع لأن المضمونات تملك بالضمان»^(٢).

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٦٨١).

(٢) المبسوط (١٥/٨٤ - ٨٥).

وإذا كان الأمر كذلك فلا ينبغي الخلط، وإنما يجب الحكم على هذه المسائل التي ذكرت مع الاستثناء على ضوء العقود التي تندرج فيها تلك.

وبعد هذا التحرير والتفصيل نقول: «إن الاستثناء (الذى هو عقد خاص مستقل) هو ما إذا طلب المستصنـع من الصانـع صنـع شيء مـغـين مـوصـوف فيـ الـذـمـة خـلـال فـتـرة مـحدـدة قـصـيرـة أـم طـوـيـلة، وـسوـاء كـانـ المستـصنـع عـيـنـ المـصـنـعـ منـهـ بـذـاتـهـ أـمـ لـاـ، وـسوـاء كـانـ المـصـنـعـ منـهـ مـوـجـودـاـ أـثـنـاءـ العـقـدـ أـمـ لـاـ.

وبعبارة موجزة: إن محل عقد الاستثناء هو العمل والعين من الصانـعـ.

فهـذا العـقـدـ بـهـذـهـ الصـورـةـ لـيـسـ بـيـعـاـ وـلـاـ إـجـارـةـ، وـلـاـ سـلـمـاـ وـلـاـ غـيرـهـ، وـإـنـمـاـ هوـ عـقـدـ مـسـتـقلـ لـهـ شـرـوـطـ الـخـاصـةـ بـهـ، وـخـصـائـصـهـ وـآثـارـهـ الـخـاصـةـ بـهـ، وـلـاـ يـنـبـغـيـ صـهـرـهـ فـيـ بـوـتـقـةـ عـقـدـ آخـرـ، يـقـولـ إـلـاـمـ السـرـخـسـيـ: «اعـلـمـ أـنـ الـبـيـوـعـ أـرـبـعـةـ: بـيـعـ عـيـنـ بـشـمـنـ.. وـبـيـعـ دـيـنـ فـيـ الـذـمـةـ بـشـمـنـ وـهـوـ السـلـمـ.. وـبـيـعـ عـمـلـ.. عـيـنـ فـيـهـ تـبـعـ وـهـوـ الـاسـتـئـجـارـ لـلـصـنـاعـةـ وـنـحـوـهـاـ.. فـالـمـعـقـودـ عـلـيـهـ الـوـصـفـ الـذـيـ يـحـدـثـ فـيـ الـمـحـلـ بـعـدـ الـعـاـمـلـ.. وـالـعـيـنـ هـوـ الـصـبـغـ تـبـعـ فـيـهـ.. وـبـيـعـ عـيـنـ شـرـطـ فـيـ الـعـمـلـ.. وـهـوـ الـاسـتـثـنـاءـ فـالـمـسـتـصـنـعـ فـيـهـ مـبـيـعـ عـيـنـ»^(١).

فـهـذـاـ النـصـ وـاـضـحـ جـدـاـ فـيـ الدـلـالـةـ عـلـىـ أـنـ الـاسـتـثـنـاءـ مـثـلـ السـلـمـ وـالـإـجـارـةـ، فـكـمـاـ أـنـهـمـاـ مـسـتـقـلـانـ، فـكـذـلـكـ الـاسـتـثـنـاءـ وـإـنـ كـانـ لـفـظـ الـبـيـعـ (بـعـمـومـهـ الـلـفـظـيـ) يـشـمـلـ الـجـمـيعـ.

وـعـلـىـ ضـوءـ ذـلـكـ فـالـاسـتـثـنـاءـ عـقـدـ مـسـتـقـلـ خـاصـ، مـحـلـهـ الـعـمـلـ وـالـعـيـنـ مـعـاـ، وـبـذـلـكـ يـمـتـازـ عـنـ الـبـيـعـ الـذـيـ مـحـلـهـ الـعـيـنـ، وـعـنـ الـإـجـارـةـ الـذـيـ مـحـلـهـاـ

(١) المحيط البرهاني، مخطوطـةـ مـكـتبـةـ الـأـوقـافـ جـ ٢ـ وـرـقـةـ ٥٧٥ـ.

العمل، وعن السلم الذي محله هو الذمة، أو العين الموصوفة في الذمة. إضافة إلى ملاحظة كل هذه الفروق التي ذكرناها عند مناقشتنا للأقوال السابقة، جاء في المحيط البرهاني: «إن المستصنع طلب منه العمل والعين جمیعاً فلا بد من اعتبارهما جمیعاً»^(١).

هل يجوز إحداث عقد جديد؟

هذه المسألة تسمى بمدى الحرية التعاقدية في الفقه الإسلامي، وقد اختلف فيها الفقهاء، فذهب جمهور الفقهاء — كما حققناه في رسالتنا^(٢) — إلى أن الأصل في إنشاء العقود الإباحة، وأن الناس أحرار في إنشاء عقود جديدة ما لم تكن مخالفة لنصوص الشرع الشريف، بينما ذهب الظاهرية إلى أن الأصل في إنشاء العقود الحظر ما لم يرد دليل بجوازه.

وقد دافع شيخ الإسلام ابن تيمية بشدة عن مذهب القائلين بالاباحة^(٣).

وقد استدل الجمهور بالكتاب والسنّة، والمعقول. أما الكتاب: فقوله تعالى: «يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ مَأْمُونُوا أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»^(٤). وقوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً»^(٥) وغير ذلك من الآيات الدالة على وجوب الوفاء بالعقود.

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) يراجع: مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة، ط دار البشائر الإسلامية ١١٤٨/٢ - ١١٦٤) ومصادره المعتمدة لكل المذاهب.

(٣) القواعد النورانية، ط السنة المحمدية ١٩٥ (ص ١٨٤)، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ط دار العربية (٢٩/١٢٦).

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

(٥) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

يقول ابن تيمية: «فقد أمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود وهذا عام، وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله، وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَانُوا عَلَيْهِمْ أَنَّهُمْ مِنْ قَبْلِ لَا يُؤْلُمُنَّ أَذْنِبَرْ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْتَحْوِلًا ﴾^(١)، فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد، كالنذر والبيع ...»

وقال سبحانه: ﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُنَّ بِهِ، وَلَا تَرْحَمُوا ﴾^(٢). قال المفسرون – كالضحاك وغيره – تسألون به: تتعاهدون وتعقدون، وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل، أو ترك، أو مال، أو نفع، أو نحو ذلك، وجمع سبحانه في هذه الآية، وسائر السورة أحكام الأسباب التي بين بني آدم المخلوقة كالرحم، والمكسوبة كالعقود التي يدخل فيها العهد ...^(٣).

وكذلك تدل مجموعة كبيرة من الأحاديث الشريفة على وجوب الوفاء بالعقود والوعود والعقود. وإن مخالفة الوعد من علامات النفاق، إضافة إلى أحاديث خاصة في الموضوع نفسه، منها: قول النبي ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا حرم حلالاً، أو أحل حراماً، وال المسلمين على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً» رواه الترمذى، وقال: «حسن صحيح»، ورواه البخارى تعليقاً بصيغة الجزم لكنه بدون الاستثناء، ورواه كذلك الحاكم وأبو داود عن أبي هريرة بلفظ «المسلمون عند شروطهم»

(١) سورة الأحزاب: الآية ١٥.

(٢) سورة النساء: الآية ١.

(٣) مجموع الفتاوى (١٢٩/٢٩ - ١٢٨).

أي : بدون الاستثناء^(١) .

وآثار الصحابة تشهد على ذلك ، بل يقول ابن تيمية : «إن الوفاء بها – أي : بالالتزامات التي التزم بها الإنسان – من الواجبات التي اتفقت عليه الملل ، بل العقلاء جميعهم»^(٢) .

ثم إن أساس العقود هو التراضي ، وموجتها هو ما أوجبه العاقدان على أنفسهما ، وقد استدل الظاهيرية بأدلة لا تنقض حجة على دعواهم^(٣) . وإذا ثبت رجحان قول الجمهور فيكون من المشروع إحداث أي عقد جديد وإن لم يكن موجوداً في عصر الرسول ﷺ وعصر الصحابة والفقهاء ما دام لا يخالفه نصٌّ من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ .

وعلى ضوء ذلك فعقد الاستصناع – كعقد مستقل – له الأدلة العامة في اعتباره ومشروعيته ، ناهيك عن الأدلة الخاصة على مشروعيته ، ثم إن عقد الاستصناع يتضمن العقد على العمل والعين في الذمة ، وكل واحد منهما صالح لأن يكون معقوداً عليه ، وكذلك الأمر لو وقع العقد على مجموعهما.

أما الأدلة الخاصة على مشروعية الاستصناع :

فمنها : الحديث الصحيح الذي رواه البخاري وغيره بسندهم عن ابن عمر رضي الله عنهما : «أن رسول الله ﷺ أصطنع خاتماً من ذهب»^(٤) .

(١) الحديث في : سنن الترمذى – مع شرح تحفة الأحوذى ، كتاب الأحكام (٤/٤٨٤) ، وصحيح البخارى مع الفتح – كتاب الإجارة (٢/٤٥١) ، وسنن أبي داود – مع عون المعبود (٩/٥١٦) ، والحاكم في مستدركه (٢/٤٩) .

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/٢٩) ، والقواعد النورانية (ص ٥٢) .

(٣) يراجع لمزيد من أدلة الجمهور والظاهيرية مع المناقشة والترجيح : مبدأ الرضا في العقود (٢/١١٤٨ – ١١٦٤) .

(٤) صحيح البخاري – مع الفتح – كتاب الإيمان – (١١/٥٢٧) ، وأحمد (٣/١٠١) ، وقد نبذه الرسول ﷺ بعد فترة وحلف أن لا يلبسه مرة أخرى .

كما استدل الحنفية: بالإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ دون نكير، وتعامل الناس بهذا العقد. وحاجة الناس إليه^(١).

والخلاصة:

إن عقد الاستصناع – بهذا المعنى الخاص – عقد مستقل؛ له كيانه الخاص، وشروطه الخاصة، وأثاره الخاصة.

والاستصناع باعتباره عقداً، لا بد من توافر أركانه، وهي: العقادان والمعقود عليه – أي الشمن والمستصنعاً –، والإيجاب والقبول، أي: ما يدل على الرضا من قول، أو فعل، أو إشارة، أو كتابة^(٢)، وكذلك له شروطه العامة مما ذكره الفقهاء من شروط العقد، من أهلية التعاقد، وعدم وجود عيوب الرضا، وعدم الفصل الكثير بين الإيجاب والقبول، وأن يكون المحل حلالاً، ونحو ذلك.

شروط الاستصناع الخاصة به

للإستصناع شروط خاصة به وهي:

١ – أن يذكر في العقد أوصاف الشيء المراد صنعه على شكل يؤدي إلى بيانه وتكوين العلم به، يقول الكاساني: «وأما شرائط جوازه، فمنها: بيان جنس المصنوع ونوعه، وقدره، وصفته، لأنه لا يصير معلوماً بذاته»^(٣).

(١) بداع الصنائع (٦/٢٦٧٨).

(٢) يراجع في تفصيل وسائل التعبير عن الإرادة: مبدأ الرضا في العقود (٢/٨٢٢) وما بعدها.

(٣) بداع الصنائع (٦/٢٦٧٨).

٢ — وأن يكون الاستصناع في الأشياء التي جرى العرف بالتعامل بها.

وقد ذكر فقهاء الحنفية عدة أمثلة لذلك فقالوا: مثل استصناع الحديد، والرصاص، والنحاس، والزجاج، والخفاف، والنعال ونحو ذلك^(١).

غير أنه من الجدير بالتنويه به أن هذه الأمثلة كانت شائعة عندهم ولم يريدوا من خلالها حصره فيها، بل أرادوا التمثيل بها فقط، ولذلك قد تختلف صناعات عصر آخر كثرة وقلة وشيوعاً وندرة، ولذلك نرى مجلة الأحكام العدلية ذكرت أمثلة مثل: البندقية والسفن الحربية والتجارية التي لم تكن موجودة في العصور السابقة^(٢).

ويمكن أن يضاف في عصرنا الحاضر كل الصناعات: الخفيفية، والثقيلة، والمتوسطة، والبرية، والبحرية، والجوية، والفضائية، كالأقمار الصناعية ونحوها.

٣ — أن يحدد فيه الزمن سواء أكان قصيراً أم طويلاً، وذلك لأن العقود الواردة على العمل لا بد أن يذكر معها الأجل.

غير أن الحنفية اختلفوا في هذه المسألة فاشترط أبو حنيفة أن لا يكون في عقد الاستصناع أجل؛ فإذا وجد فيه أجل أصبح سلماً، قال الكاساني: «إإن ضرب للاستصناع أجلاً صار سلماً حتى تعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهمما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم. وهذا قول أبي حنيفة^(٣). لكن فقهاء

(١) المصدر السابق نفسه، وفتح القديم (١١٤/٧ - ١١٥)، وابن عابدين (٤/٢١٣).

(٢) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٢٨٩).

(٣) بداع الصنائع (٦/٢٦٧٨).

الحقيقة اختلفوا في الأجل هنا فقال بعضهم: هو شهرٌ وما فوق، وقيل: أدناه ثلاثة، وقيل: نصفُ يومٍ فأكثر^(١).

وذهب أبو سيفٍ ومحمد إلى أن هذا ليس بشرط بل هو استصناع على حال، سواء ضرب له أجل أم لا.

وقد استدل أبو حنيفة بأنه إذا ضرب فيه أجل فقد أتى بمعنى السلم؛ إذ هو على مبيع في الذمة مؤجلاً، والعبارة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ، ألا ترى أن البيع ينعقد بلفظ التمليل؟ وكذا الإجارة.. ولهذا صار سلماً فيما لا يحتمل الاستصناع، كذا هذا؛ ولأن التأجيل يختص بالديون؛ لأنه لو وضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة. وليس ذلك إلا السلم؛ إذ لا دين في الاستصناع، ألا ترى أن لكل واحد منها خيار الامتناع عن العمل قبل العمل باتفاق؟ ثم إذا صار سلماً يراعى فيه شروط السلم، فإن وجدت صحيحاً فـلا^(٢).

واستدل للصاغيين بأن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل، لا تأخير المطالبة فلا يخرج به عن كونه استصناعاً. أو يقال: قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل، فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع، لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل؛ فتعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين، وذلك بالسلم^(٣).

(١) المصدر السابق (٢١٧٥/٧).

(٢) بداع الصنائع (٦/٢٦٧٩)، وقد نصت المادة (٣٨٩) من المجلة على أن كل شيء ت العمل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، وأما ما لم يتعامل باستصناعه: إذا بين فيه المدة صار سلماً، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم؛ وإذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضاً.

(٣) نفس المرجع السابق.

والذي يظهر رجحانه قول الصاحبين، بل إننا نرى ضرورة وجود المدة في العقد؛ وذلك لأن عقد الاستصناع عقد قائم على العمل والعين المؤجلين عادة. وكل ما هو شأنه لا بد فيه من تحديد المدة حتى لا يؤدي إلى النزاع والخصام قياساً على الإجارة؛ وذلك لأن الصانع قد يتأخر في التنفيذ والمستصنعة يريد التurgيل، فإذا لم يكن في العقد تحديد للمدة أدى بلا شك إلى نزاع. وعلماؤنا اتفقوا على منع كل ما يؤدي في العقود إلى النزاع؛ ولذلك منعوا الجهة الفاحشة في المعاوضات، لأنها تؤدي إلى النزاع. فكذلك الأمر في تعوييم المدة؛ حيث يؤدي إلى نزاع شديد إذن لا بد أن يمنع، ويوجب التحديد. ثم إذا حددت المدة يجب الالتزام بها لأن يكمل المصنوع قبل انتهائها، أما إذا انتهت دون إكمال الشيء المستصنعة، فإن للمستصنعة - بالكسر - حق الفسخ^(١)، كما هو الحال في شأن كل العقود التي يحدد فيها الوقت.

آثار عقد الاستصناع

يتربّب على هذا العقد علّة آثار، منها:

١ - ثبوت الملك للمستصنوع في الشيء وثبوت الملك في الثمن المتفق عليه.

وبيّنت ذلك في نظرنا بمجرد العقد، لأنَّ الله تعالى أمرنا بالوفاء به **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودُ﴾**، وهذا يعني أنَّ الأثر قد ثبت بالالتزام. ولذلك يجب الوفاء به (وسيأتي لذلك مزيد من التفصيل عند اللزوم).

وعند الحفيف يكون ثبوت ذلك ثبوتاً غير لازم، قال الكاساني:

وأما حكم الاستصناع فهو ثبات الملك للمستصنوع في العين المبيعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاً غير لازم^(٢).

(١) الأستاذ الجليل مصطفى الزرقاء: عقد البيع (ص ١٢٣).

(٢) بدائع الصنائع (٢٩٧٩/٦).

٢ - عدم اللزوم بصفة عامة، والذي نراه هو اللزوم بمجرد العقد (وسيأتي مزيد من التفصيل آنفًا).

٣ - أن يقوم الصانع (أو مصنعه) بعمل الشيء المستصنع حسب المواصفات المطلوبة.

هذا هو مقتضى عقد الاستصناع (بمعناه الخاص المستقل كما سبق) ولذلك ليس من حقه أن يذهب إلى السوق ويشتري له شيئاً مصنوعاً حتى وإن كان موافقاً لما طلب منه، لأن عقد الاستصناع يقتضي العمل والعين. ولكن إذا أرادا غير ذلك فيمكن أن يصاغ العقد على صورة السلم بأن يتم الاتفاق على أن يأتي الصانع بعين موصوفة بصفات كذا خلال أجل محدد وحيثند يشترط فيه شروط السلم - كما سبق^(١) -.

٤ - خيار الوصف للمستصنع، بحيث إذا أكمل الصانع الشيء المراد صنعه وسلمه للمستصنع يكون له الخيار إذا كان غير مطابق للمواصفات، وإنما فهو ملزم بأخذة ودفع الثمن المتفق عليه.

٥ - عدم بطلان الاستصناع بموت أحد الطرفين ما دام التنفيذ ممكناً بل الورثة يحلون محلهما إلا إذا نص في العقد خلاف ذلك.

وذلك لأن الحنفية قاسوا الاستصناع في بطلانه بموت الصانع على الإيجارة وهذا القياس يمكن الرد عليه بعده وجوه:

أولاً: إن بطلان الإيجارة بموت المستأجر مسألة ليست متفقاً عليها بل هي خلافية، فلا يكون القياس عليها مستقيماً حيث ذهب مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر إلى أن الإيجارة لا تبطل بموت

(١) جاء في البدائع (٦/٢٦٨٠): «أنه لو اشتري من مكان آخر وسلم إليه جاز».

العاقدين ولا بموت أحدهما^(١). فعلى ضوء ذلك فالجمهور على خلاف ما ذهب إليه الحنفية، (ونحن هنا لسنا بقصد مناقشة هذين الرأيين، ولكن رأي الجمهور له أدلة التي تنهض حجة عليه) ومن هنا فما المانع من القول بعدم بطلان الاستصناع بموت العاقدين أو أحدهما ولا سيما في وقتنا الحاضر الذي أصبحت للmachines الشخصية معنوية اعتبارية دائمة مستمرة ببقاء الشركة والمصنوع، وأن الأشخاص بذواتهم ليس لهم أثر في شخصية الشركة — كما هو معروف.

ثانيًا: إن هذا القياس مع الفارق، وذلك لأن المعقود عليه في الإجارة هو العمل فقط بينما المعقود عليه في الاستصناع هو العين والعمل معًا — كما سبق — وحتى الحنفية أثبتوا أحکامًا للاستصناع لا توجد لـ الإجارة مثل خيار الرؤية وعدم اللزوم ونحوهما.

٦ — إن حق المستصنعة لا يتعلّق بشيء معين، وإنما المطلوب من الصانع هو الإتيان بالشيء المستصنوع في زمانه المحدد له، ولذلك لو قام الصانع بصنعه قبل الأجل المحدد وباعه لآخر لا يضر ما دام قادرًا على الإتيان بمثله في الزمان المحدد في العقد وذلك لأن عقد الاستصناع يقتضي أداء الشيء المستصنوع في الزمان المحدد له، ولا يقتضي تحديد المصنوع بعينه وذاته، فذمة الصانع مشغولة بصنع الشيء المطلوب منه صنعه بمواصفاته في الوقت الذي اتفق عليه الظرفان، وبعبارة أخرى: إن ما في الذمة لا يتعين حتى بالتعيين؛ ولذلك حتى لو نوى بصنعه أن هذا الشيء يصنع لفلان لا تمنعه هذه النية من بيعه لآخر ما دام قادرًا على صنع مثله وتسليمه للمستصنوع في الوقت المحدد له.

(١) يراجع القوانين الفقهية لابن جزي، ط دار الكتاب العربي، بيروت (ص ٢٧٦)، وروضۃ الطالبین للنحوی، ط المکتب الاسلامی (٥/٢٤٥)، والمغنى لابن قدامة ٤٦٨ — ٤٦٧/٥).

عقد الاستصناع بين اللزوم والجواز

ولا شك أن الحنفية (وهم الذين أجازوا عقد الاستصناع بمعناه الخاص) لهم تفصيل في لزوم هذا العقد حسب مراحله:

المرحلة الأولى:

بعد صدور الإيجاب والقبول من الطرفين، وقبل بدء العمل، فالعقد فيها غير لازم باتفاق الحنفية – إلا في رواية سنذكرها – يقول الكاساني: «وأما صفة الاستصناع فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين.. لأن القياس يقتضي أن لا يجوز لما قلنا، وإنما عرفنا جوازه استحساناً لتعامل الناس، فبقي اللزوم على أصل القياس»^(١).

المرحلة الثانية:

هي بعد إجراء العقد، وبعد الفراغ من العمل لكن قبل أن يرثه المستصنع، ففي هذه الحالة أيضاً غير لازم «حتى كان للصانع أن يبيعه ممن يشاء – كذا ذكر في الأصل – لأن العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثله في الذمة» قال الكاساني: «لما ذكرنا أنه لو اشتري من مكان آخر وسلم إليه جاز، ولو باعه الصانع، وأراد المستصنع أن ينقص البيع ليس له ذلك، ولو استهلكه قبل الرؤية فهو كالبائع إذا استهلك المبيع قبل التسليم، كذا قال أبو يوسف»^(٢).

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٦٨٠).

(٢) المصدر السابق نفسه.

المرحلة الثالثة :

هي ما إذا أكمل الصانع الشيء الذي طلب صنعه، وأحضره أمام المستصنّع أو وكيله، وحيثند إما أن يكون المصنوع مطابقاً للمواصفات التي طلبت في العقد أم لا.

فإن لم يكن مطابقاً للمواصفات المطلوبة فإن العقد لم ينفذ بعد، حيث يحق له المطالبة بالتنفيذ على ضوء شروط العقد، وأما إذا كان فيه عيب يضر بالقيمة في عرف التجار، فإن المستصنّع بالخيار^(١) وقد نصت المادة (٣٩٢) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: «إذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة .. كان المستصنّع مخيّراً».

والذي نرى رجحانه هو الفرق بين إتمام المصنوع ووجود عيب فيه حيث يكون له الخيار، وبين عدم إتمامه على صورته المطلوبة أبداً حيث يطالب بتنفيذه، أو بعبارة الفقهاء: فوات الجنس، وفوات الوصف حيث يؤدي فوات الجنس إلى بطلان العقد أو فساده، بينما يؤدي فوات الوصف إلى حق الخيار^(٢).

وإن كان مطابقاً للشروط والمواصفات المطلوبة في العقد فقد سقط خيار الصانع، وللمستصنّع الخيار، هذا على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

وروي عن أبي حنيفة أن لكل واحداً منهما الخيار.

وروي عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما^(٣).

(١) يراجع في تفصيل ذلك: مبدأ الرضا في العقود (ص ٨٠١) وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٦٨٠).

(٣) المصدر السابق نفسه.

وقد ذكر الكاساني أدلة على كل رأي، فقال في وجه استدلال الرأي الأول القائل «بسقوط حق الصانع في الخيار بعد إكمال المصنوع وعرضه على المستصنع»: «بأن الصانع باائع ما لم يره فلا خيار له»، ثم ذكر السبب في عدم سقوط حق المستصنع في الخيار: «بأن المستصنع مشتري ما لم يره فكان له الخيار»، قال الكاساني: «وإنما كان كذلك لأن المعقود عليه وإن كان معدوماً حقيقة فقد الحق بالوجود ليمكن القول بجواز العقد، لأن الخيار كان ثابتاً لهما قبل الإحضار لما ذكرنا أن العقد غير لازم، فالصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه فبقي خيار صاحبه على حاله، كالبائع الذي فيه شرط الخيار للتعاقد، فإذا أسقط أحدهما خياره أنه يبقى خيار الآخر. كذا هذا»^(١).

واستدل للرأي الثاني بأن في تخمير كل واحد منهما دفع الضرر عنه ودفع الضرر واجب^(٢).

واستدل للرأي الأخير بأن الصانع قد أفسد متعاه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع حق الامتناع من أخذه لكان فيه إضرار بالصانع بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع: «لا أريد، لأننا لا ندري أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا، فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحب فثبت الخيار. وأما الدليل على أن الصانع ليس له الخيار فهو الدليل الذي ذكرناه للرأي الأول^(٣).

تصوير المحيط البرهاني للمذهب الحنفي:

هذا الذي ذكرناه هو ما بينه الكاساني وأخرون في تصوير المذهب

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) بدائع الصنائع (٦/٢٦٨٠).

الحنفي، حيث ذكر أن الخلاف في اللزوم وعدمه، إنما هو في المرحلة الثالثة عندما يكتمل المصنوع ويعرض على المستصنع.

لكن المحيط البرهاني صور المسألة عند الحنفية على أن الخلاف وارد أيضاً في أصل العقد نفسه من حيث اللزوم والجواز، أو بعبارة أخرى: ذكر لنا أن بعض الحنفية يرون لزوم العقد بمجرد الانعقاد، وحينئذ يجبر الصانع على العمل، والمستصنع على أخذه إذا كان موافقاً للشروط والمواصفات.

ولنقل نص عبارته حيث قال: «قلنا: الروايات في لزوم الاستصناع وعدم اللزوم مختلفة» ثم ذكر الروايات إلى أن قال: «... ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال: لا خيار لواحد منهما، بل يجبر الصانع على العمل، ويجبر المستصنع على القبول. وجه ما روي عن أبي يوسف أنه يجبر كل واحد منهما، أما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر على العمل، وأما المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع؛ لأنه عسى لا يشتريه غيره أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن؛ فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن الصانع»^(١).

وهذا الذي ذكره أبو يوسف وفصله المحيط البرهاني هو الموفق لمقتضى العقود والقواعد العامة في هذه الشريعة من نفي الضرر والضرار، ورعاية مصالح العاقدين، ووجوب الوفاء بالعقود والعقود.

ولذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذه الرواية عن أبي يوسف، ونصت في مادتها ٣٩٢ على أنه: إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً.

(١) المحيط البرهاني، مخطوطه مكتبة الأوقاف ج ٢ ورقة ٥٧٥ - ٥٧٦.

وبيدو أن المجلة أخذت لزوم العقد من هذا الكتاب وغيره من كتب الحنفية التي صورت الخلاف بهذا الشكل الأخير، وذكرت رأي أبي يوسف الأخير الذي رجع إليه.

ولا أعتقد أن ما قام به ابن عابدين من تفصيل وتحرير للخلاف يدفع الخلاف الذي ذكره المحيط البرهاني وغيره، حيث وصل ابن عابدين إلى أنه لا خلاف في المذهب الحنفي في عدم لزوم عقد الاستصناع وأنه لا جبر فيه إلا إذا كان مؤجلاً بشهر فأكثر فيصير سلماً، وهو عقد لازم يُجبرُ عليه ولا خيار فيه. وبه علم أن قول المصنف: (فيجبر الصانع على عمله...) إنما هو فيما إذا صار سلماً. ثم قال: «فظهر أن قول الدرر تبعاً لخزانة المفتى أن الصانع يجبر على عمله، والأمر لا يرجع عنه سهو ظاهر»^(١).

وهذا التحرير الذي قام به ابن عابدين اجتهاد منه في فهم نصوص علماء المذهب الحنفي، وحيثئذ يمكن اعتباره طريقة من الطرق – حسب اصطلاح الفقه المذهبية – ولكن لا يمكن اعتباره حسماً في المسألة، وقضاء على الخلاف الذي ذكره المحيط البرهاني والمبسوط، والدر المختار، وخزانة المفتى، والدرر، وغيرها من الكتب المعتمدة التي صرحت بأن أبي يوسف في روایته الأخيرة قال بلزم العقد، ولذلك أخذت بها المجلة وهي عادة لا تعدل عن ظاهر الرواية إلا نادراً، ولحجج قوية، كما أن علماء المجلة من محققين المذهب الحنفي. وهم اطلعوا على ما قاله ابن عابدين، ومع ذلك لم يولوا له عنايتهم، بل أخذوا بلزم العقد أخذًا برواية أبي يوسف.

وقد قال صاحب الهدایة (وهو من كبار محققى الحنفية): «وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما.. أما الصانع فلما ذكرنا، وأما المستصنـع فـلـآن»

(١) حاشية ابن عابدين (٤/٢١٣).

في إثبات الخيار له إضراراً بالصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله . . .»^(١)
وقال صاحب العناية: «والصحيح أنه بيع لا عدة . . وهو مذهب عامة مشايخنا
ثم نقل أيضاً هو الآخر رواية أبي يوسف في أنه لا خيار لهما، ولو كانت هذه
الرواية غير ثابتة، أو أن المرغيناني فهمها على غير حقيقتها لعلق عليها»^(٢).

الترجح:

والذى يظهر لنا رجحانه هو القول بأن عقد الاستصناع عقد لازم – كما
هو رواية عن أبي يوسف – لأن النصوص الشرعية دالة بوضوح على وجوب
الوفاء بالعقود والعقود والالتزامات مثل قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْمُعْهُد»^(٣)
وقوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْمُعَاهَدَ كَانَ مَسْؤُلًا»^(٤).
وكذلك تدل أحاديث كثيرة على ذلك، منها: قول النبي ﷺ:
«ال المسلمين عند شروطهم»^(٥).

بل إن النصوص الشرعية تدل بوضوح على حرمة مخالفنة الوعود ناهيك
عن العقد، ولا نسلم التوسع في دائرة الفصل بين القضاء والديانة ولا سيما
في نطاق الأمور المالية التي يترتب على مخالفتها إضرار بالغير، وذلك لأن
المفروض من القضاء في الإسلام أن يحمي أوامر الشريعة ونواهيها بقدر ما
يمكن أن يتحكم فيه القضاء تاركاً الأمور القصدية والباطنية لله تعالى؛ بناءً
على القاعدة الفقهية القاضية بأن علينا الظواهر والله يتولى السرائر»^(٦).

(١) الهدية – مع شرح فتح القدير – ط مصطفى الحلبي (١١٦/٨).

(٢) شرح العناية بهامش فتح القدير (١١٦/٧).

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

(٤) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

(٥) رواه البخاري في صحيحه – مع الفتح – كتاب الإجارة (٤٥١/٤).

(٦) وقد أقمنا الأدلة على ذلك بالتفصيل في رسالتنا الدكتوراه: مبدأ الرضا في العقود،
ط دار البشائر (٢٠٣١ – ٢٠٣٧).

وقد ذكر الإمام البخاري بعض أقضية السلف في وجوب الوفاء بالوعود والشروط فقال: قال ابن عوف، عن ابن سيرين: «قال الرَّجُلُ لكرِيَهِ: ادخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره، فهو عليه»، وقال أئوب عن ابن سيرين: «أن رجلاً باع طعاماً، قال: إن لم آتِك الأربعاء فليس بي بي وبيك بيع. فلم يجيئه، فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت. فقضى عليه»^(١).

وذكر الحافظ ابن حجر أن هذين الأثرين وصلهما سعيد بن منصور، ثم قال: وحاصله أن شريحَا في المسألتين قضى على المنشترط بما اشترطه على نفسه بغير إكراه...»^(٢).

وهذه الآثار تدل أيضاً على مشروعيَّة ما يسمى في وقتنا الحاضر بالشرط الجرائي سواء كان في الاستصناع أو في غيره، والذي يهمنا هنا في الاستصناع.

ومن جانب آخر أن القول بعدم لزوم الاستصناع يؤدي إلى أضرار كبيرة للطرفين، بل إنه في الواقع إذا لم يكن عقداً لازماً لا يمكن الإفادة منه؛ لأنَّه بإمكان أي واحد التخلص من آثار العقد، بل قد يؤدي إلى أضرار كبيرة بالطرفين؛ فقد يقدم الصانع على صنع الشيء الذي طُلب منه وحينما يفرغ منه على ضوء المواقف التي طلب منه المستصنَّع، يأتي الأخير ويقول له: لا أريده.. وحيينَد ماذا يفعل به؟ فقد لا يقبل آخر بالشيء المستصنَّع على ضوء مواصفاته الحالية، وهذا توريط كبير منه للصانع، فيتضرر به ضرراً

(١) صحيح البخاري - مع فتح الباري، كتاب الشروط، ط السلفية (٣٤٥/٥)، ويراجع: إعلام الموقعين، ط شقرتون (٢/٣).

(٢) المصدر السابق نفسه.

كبيراً . وقد يتضرر به المستصنع حيث يتضرر فترة شهر - أو أكثر على الأقل - ليكمل له الصانع الشيء المطلوب صنعة ، فلو كان بالخيار ، وباع الصانع المستصنع ماداً يفعل المستصنع؟ .

فهذه الأضرار لا أعتقد أن الشريعة تقبلها ، وهي - كما يقول ابن القيم - مبنها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، وحكمة كلها؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، ومن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث . . فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل»^(١) .

ومع أن الوعود ليست ملزمة قضاء في نظر جمهور العلماء إلا أن جماعة - منهم المالكية - جعلوا الوعود ملزماً إذا ترتب عليه التزامات وأثار بسببيه ، قال سحنون : «الذى يلزم من الوعود قوله : اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به ، أو اخرج إلى الحج وأنا أسلفك ؛ أو اشتري سلعة ، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك لأنك أدخلته بوعدك في ذلك». وقال : أصبغ : «يقضى عليك به تزوج الموعود أم لا ..»^(٢) .

هذا في الوعود فما ظنك في عقد يتوافر فيه الأركان والشروط ويترتب على الإخلال به أضرار كثيرة فردية - كما ذكرنا - وجماعية : من خلال أنه لو لم يكن الاستصناع ملزماً لما استفاد منه العقدان على الرغم من أهمية هذا العقد في التنمية والتصنيع .

ومن جانب آخر أن عقد الاستصناع له شبه بمجموعة من العقود وكلها عقود ملزمة ، وهي السلم والبيع والإجارة ، كما أن المعقود عليه في

(١) إعلام الموقعين ، ط شقرورن (٣/٣) .

(٢) الفروق للقرافي (٤/٢٤ - ٢٥) ط دار المعرفة بيروت .

الاستصناع هو العمل والعين الموصوفة في الذمة، وكل واحد منهما لو أصبح وحده محلاً للعقد كان عقداً لازماً فكذلك العقد الوارد عليهما معاً، فالعقد الذي محله العمل هو الإجارة، وهو ملزم، وكذلك العقد الوارد على العين الموصوفة – وهو السلم – ملزم، فيكون من الطبيعي المركب من اللزوم ملزماً.

الشرط الجزائي في عقد الاستصناع

لا أريد الخوض في هذا الموضوع بصورة مفصلة، ولكن الذي أريد أن أذكره هنا هو أن الشرط الجزائي مقبول من حيث المبدأ، ولكن لا يترتب عليه من الضمان والتعويض إلا بقدر إحداث الضرر فمثلاً لو خالف أحد العاقدين شروط العقد في المضاربة، أو الاستصناع وترتب على ذلك إحداث ضرر فإن هذا الضرر لا يلحق العقد الآخر، وإنما يكون على المتسبب في الضرر، وكذلك لو اشترط أحد العاقدين فرض غرامة مالية على الآخر في عقد الاستصناع إن تأخر الصانع في إكمال المال المستصنوع في وقته، أو تأخر المستصنوع في دفع المال إليه وترتب على التأخير ضرر فإن للمتضرك الحق في التعويض بقدر ضرره^(١).

وقد ذكرنا فيما سبق مستنداً لمبدأ الشرط الجزائي، يقول الأستاذ الجليل الزرقاء: «في أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا، وتطورت أساليب التجارة الداخلية، والصناعات، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة.. واتسعت

(١) يراجع في تفصيل ذلك: عبد المحسن الرويشد: الشرط الجزائي في العقود، رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة، عام ١٤٠٤هـ، وكاسب عبد الكريم: المرجع السابق (ص ٢١٢).

مجالات عقود الاستصناع في التعامل بطريق التوصية على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية.. وقد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمادات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه.. ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي : «الشرط الجزائي»^(١).

فعلى ضوء ذلك لا مانع من اقتراح الشرط الجزائري بعقد الاستصناع، وحيثند يلزم به الطرفان: ويكون التعويض عند الإخلال به بقدر الضرر وأثاره، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة، أو إلى القاضي عند التزاع.

الظروف القاهرة

إذا طرأت بعد انعقاد عقد الاستصناع ظروف قاهرة تحول دون تنفيذه فإنها على القول بلزمومه تكون مقبولة، مثل حدوث حرب منعت الصانع من استيراد المادة الخام التي لا توجد في البلاد – مثلاً – ومثل أن يشب حريق في المصنع فأئى على كل ما فيه، فمثل هذه الطوارئ – سواء كانت مكتسبة من الغير أو سماوية – تعطي العذر للصانع، وتجعل المستصنعة بالخيار بين الانتظار، أو فسخ العقد^(٢)؛ وذلك لأن هذه الشريعة تقوم تكاليفها التشريعية على القدرة والاستطاعة: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٣). وإنه «لا ضرر ولا ضرار»^(٤). كما أن للجوائح تأثيراً في العقود في السنة المشرفة.

(١) المدخل الفقهي العام فقرة ٢٨٦.

(٢) يراجع: د. العطار: نظرية الالتزام (ص ٢٦٢)، وكاسب عبد الكريم: المرجع السابق (ص ٢١١)، ومصادرها.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٨٥.

(٤) وهو حديث ثابت رواه أحمد في مستنه (٢١٣/١١، ٢٢٧)، ومالك في الموطأ (ص ٦٦٤)، وابن مناجه في سنته، كتاب الأحكام (٧٨٤/٢).

أهمية عقد الاستصناع في عصرنا الحاضر، وتطبيقاته المعاصرة

إن عقد الاستصناع أهمية بالغة من عدة جوانب:

الجانب الأول:

أنه عقد فيه تيسير كبير على المسلمين؛ وذلك لأنه لا يشترط فيه تسليم الثمن، ولا المثمن، فهو تغطية كاملة لجانبين مهمين هما: عقد السلم الذي لا يشترط فيه وجود المسلم فيه، ولكن يجب تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور، أو في ثلاثة أيام عند المالكية، وعقد بيع الآجل الذي لا يشترط فيه تسليم الثمن، ولكن لا بد من وجود المثمن (المبيع) وتسليميه إلى المشتري، فأباح الإسلام عقد الاستصناع الذي هو في واقعه وارد على الذمة من حيث العين والعمل – كما سبق.

وبذلك اكتملت جميع الجوانب الثلاثة، وغطت الحاجة الأساسية للمجتمع المسلم الذي يحتاج كثيراً إلى هذه العقود الثلاثة.

الجانب الثاني:

إن عقد الاستصناع له دور بارز في تطوير المصانع وتنمية المجتمع وتطويره، وكان له دور في المجتمعات السابقة، ودوره اليوم أكثر نظراً لحاجة المصانع إلى الأموال، وإلى التشغيل، فكثير من المصانع ليس لها من السيولة ما يكفي لتطويرها كما أنها قد تخاف من صنع مواد لا يشتريها الناس، وحيثند تكسد بضائعها ومصنوعاتها، فتخسر، وقد يؤدي ذلك إلى غلقها وإفلاسها، ولكن ما دام يباح لها من التعاقد على المصنوعات. تضمن لنفسها قبل البدء مشترين وزبائن فتقدم على التصنيع وهي مطمئنة من عدم

الخسارة، بل من تحقيق الربح، وهكذا، وبذلك تنمو المصانع وتكثر المصنوعات بل وقد ترخص نتيجة لذلك وللتنافس.

وأما تطبيقاته المعاصرة فهي كثيرة حيث يمكن تطبيقه على كل ما دخلت فيه الصناعة، فهي تشمل جميع الصناعات التي يقوم بصنعها المصانع، أو الصناع، من الطائرات والصواريخ إلى صنع الأحذية والأثواب ونحوها، وهي تشمل أيضاً بناء العقارات وتصنيع المباني الجاهزة وغيرها، إذا توافرت الشروط السابقة. بل إن المصنوعات أسهل في تطبيق الاستصناع عليها نظراً إلى أن المصانع اليوم آلية لا تختلف مصنوعاتها بعضها عن بعض، فهي قادرة على الضبط الدقيق، والمثلية الكاملة بدقة متناهية، بينما كانت الصناعات في السابق كلها يدوية قد توجد الصعوبة في التحكم في المثلية.

كذلك يمكن تطبيق عقد الاستصناع للتمويل في جميع المشاريع الصناعية، وهذا هو مجال واسع للبنوك الإسلامية بأن تقوم بتمويل هذه المشاريع الصناعية وشراء المصنوعات على أساس عقد الاستصناع، وكذلك مشاريع البناء ونحوها مما فيه صناعة إضافة إلى عقد الاستصناع الموازي.

الخلاصة

يتلخص هذا البحث في أن عقد الاستصناع عقد مستقل محله العمل، والعين الموصوفة في الذمة، ولذلك له شروطه الخاصة وخصائصه وأثاره، وأن من أهم آثاره التي رجحناها هي: ثبوت الملك للمستصنع في الشيء المستصنع، وثبوت الملك في الثمن المتفق عليه للصانع، ولزوم قيام الصانع بعمله في العين حسب الاتفاق، ولزوم دفع الثمن من قبل المستصنع معجلاً أو مؤجلاً ومقسطاً وثبوت خيار الوصف، وعدم بطلان الاستصناع بموت

أحدهما — حسب ترجيحة — وإن حق المستصنع لا يتعلّق بشيء معين، وإنما المطلوب من الصانع أن يصنع له المطلوب حسب الموصفات والشروط.

وقد انتهى البحث كذلك إلى لزوم عقد الاستصناع للطرفين وعدم جواز الفسخ إلا في حالات الظروف الطارئة، أو بموافقة الطرفين

وقد استعرض البحث المراحل الثلاث لعقد الاستصناع كما استعرض المذهب الحنفي على ضوء ما ذكره الكاساني، وعلى ضوء ما ذكره المحيط البرهاني، وكذلك ما ذكره ابن عابدين فوجد أن حكم ابن عابدين على حصر طرق المذهب الحنفي في عدم اللزوم اجتهاد خاص به لا يلزم غيره من العلماء الأعلام أمثال المرغيناني والسرخسي، والبرهاني وغيرهم.

ووصل البحث إلى أن الصانع إذا أكمل المصنوع على الموصفات المطلوبة فإنه يلزم المستصنع أن يأخذه ويدفع ثمنه المتفق عليه، وأما إذا كان فيه خلل، أو عيب فإن المستصنع بال الخيار.

كما تناول البحث موضوع الحرية التعاقدية، ومدى الالتزام بالوعود و موضوع الشرط الجزائي والظروف القاهرة.

وختاماً: هذا جهد متواضع، وعمل أردنا به وجه الله تعالى فإن كنت موفقاً فيه فذلك بفضل الله تعالى، وإن فالقصير يعود إلى، لكن الله هو الغفور الرحيم وهو الهادي إلى الصراط المستقيم.

والله أسأل أن يجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم، وأن يعصمنا من الخطأ في القول والعمل.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين



قرار مجمع الفقه في دورته السابعة حول الاستصناع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ خَاتَمِ النَّبِيِّنَ وَعَلَىٰ اللَّهِ وَصَحْبِهِ

قرار رقم ٧/٣/٦٦ بشأن عقد الاستصناع

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع
بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ -
الموافق ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢م .
بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع :

(عقد الاستصناع)

واستماعه للمناقشات التي دارت حوله . . ومراعاة لمقاصد الشريعة
في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات . ونظرًا لأن عقد

الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة. وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي.

قرر:

- ١ — إن عقد الاستصناع — هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة — ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.
- ٢ — يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:
 - (أ) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.
 - (ب) أن يحدد فيه الأجل.
- ٣ — يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.
- ٤ — يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة^(١).

والله أعلم

(١) وهذه القرارات كما نرى قد تبناها هذا البحث، ودافع الباحث عنها أثناء عرضها على المجمع الموقر، وذلك الفضل من عند الله.

نماذج من
العقود المنظمة لعملية الاستصناع
في البنوك الإسلامية

وعد بالاستصناع

الموافق / / ١٩٩١ م

أنه في يوم

فيما بين كل من :

١ - بنك قطر الدولي الإسلامي: ومقره شارع الكهرباء، ص.ب: ٦٦٤ -
الدوحة، قطر

ويمثله السيد/

بصفته :

(طرفًا أولًا/ موعودًا له)

٢ - السيد/ السادة:

وعنوانه/ مقرها

ويمثلها السيد/

بصفته :

(طرفًا ثانىاً/ واعداً)

«تمهيد»

الطرف الثاني يمتلك قطعة أرض فضاء بموجب سند الملكية رقم
كائنة في قيام الطرف
الأول بينها له بالاستعانت بإحدى شركات المقاولات المعتمدة في الدولة في
حدود مبلغ
ريال (يدفع نقداً للمقاول) وفي خلال مدة
شهرين.
زمنية قدرها

ونظراً لأن ذلك الأمر يتطلب إجراء مناقصة لشركات المقاولات
المصنفة و اختيار أفضلها شرطاً وسعاً. فقد وعد الطرف الأول الثاني بالبدء
في إجراءات الدراسة وإعداد شروط المناقصة مقابل تعهد الطرف الثاني
الالتزام بتوقيع عقد الاستصناع وفقاً للشروط والمواصفات الخاصة بمشروع
البناء المرفقة بهذا الوعد وذلك حال إعلام الطرف الأول له بأن عقد
الاستصناع جاهز للتوقيع عليه.

وحيث أن الطرف الثاني قد تعهد بتوقيع عقد الاستصناع حال إعلامه
بذلك. فقد تواعد الطرفان على إبرام هذا الوعد وفقاً للشروط التالية:

«البند الأول»

وعد الطرف الأول الطرف الثاني بالبدء في إجراءات الدراسة وإعداد
شروط المناقصة لعملية الاستصناع المطلوبة له لبناء
على قطعة الأرض المملوكة له بموجب سند الملكية رقم
وذلك في حدود مبلغ
ريال (منه مبلغ
ريال كدفعة مقدمة من الطرف الثاني) وفي خلال مدة
زمنية قدرها
تبدأ من تاريخ التعاقد مع مقاول المشروع
ووفقاً للشروط والمواصفات والخريطة الخاصة بمشروع البناء المرفقة بهذا
الوعد والتي تعد جزءاً لا يتجزأ منه.

«البند الثاني»

تعهد الطرف الثاني للطرف الأول بإبرام عقد الاستصناع والالتزام
بشروطه حال إعلام الطرف الأول له بأن عقد الاستصناع جاهز للتوقيع عليه،
وأضعين في الاعتبار أن قيمة عقد الاستصناع سوف يتم تحديدها بمجرد
إرساء المناقصة على إحدى شركات المقاولات، وعلى أن تدفع هذه القيمة
قسط شهري متساوي مع فترة
من قبل الطرف الثاني على
شهر يبدأ احتسابها اعتباراً من تاريخ إبرام
سماح قدرها
عقد الاستصناع.

«البند الثالث»

ضماناً للالتزام الطرف الثاني بوعده فقد وافق على الإجراء التالي:
١ - رهن العقار رقم رهناً رسمياً لصالح الطرف
الأول بمبلغ ريال.
٢ - إيداع مبلغ في حسابه الجاري لدى الطرف
الأول رقم كدفعة ضمان الجدية مع تفويض الأخير
بالحجز عليها وصرفها وفقاً لما هو مدرج بالبندين الرابع والخامس أدناه.
فإذا وافق الطرف الأول على القيام بالمشروع وتم إبرام عقد
الاستصناع فإن الرهن الموضح آنفًا يصبح تلقائياً تأميناً عينياً لعقد الاستصناع
وتسرى عليه شروطه كما أن دفعة ضمان الجدية تصبح جزءاً من ثمن عملية
الاستصناع.

«البند الرابع»

إذا اتضح من خلال عروض شركات المقاولات المقدمة في المناقصة
أن تكلفة المشروع تتعذر مبلغ ريال (وهو الحد الأقصى

للمبلغ الذي سيدفع للمقاول) فإنه يكون من حق الطرف الأول تخفيض مواصفات البناء لتصبح تكلفة المشروع في حدود المبلغ المذكور إذا لم يوافق الطرف الثاني على دفع مبلغ الزيادة مقدماً. ولكن لا مانع من أن يقوم الطرف الثاني باتفاق خاص مع المقاول (الصانع) للتكميل أو الزيادة.

«البند الخامس»

من المتفق عليه بين الطرفين أنه في حالة نكول الطرف، الثاني عن هذا الوعد بعد دخول الطرف الأول في إجراءات عملية الاستصناع أو رفضه التوقيع على عقد الاستصناع بعد إعلامه بأنه جاهز للتوقيع، فإنه يكون من حق الطرف الأول الحصول على مبلغ دفعه ضمان الجدية المحجوز عليها، بحسب الطرف الثاني لديه تعويضاً له عن الوقت والجهد الذي بُذل في دراسة المشروع وفي إعداد إجراءات المناقصة، وذلك جميعه دون الإخلال بحق الطرف الأول في التعويض عن أية أضرار قد تلحق به من جراء تعاقده مع أحد المقاولين لتنفيذ المشروع ثم نكول الطرف الثاني عن إتمامه.

أما إذا لم يكن الطرف الأول قد بدأ بالفعل في إجراءات عملية الاستصناع، ونكل الطرف الثاني عن وعده، فإنه لا يحق للطرف الأول الحصول على أي تعويض.

«البند السادس»

أي خلاف أو نزاع ينشأ بين طرفي/ أطراف هذا العقد خاص بتفسير أو تنفيذ أي بند من بنوده يعرض على هيئة تحكيم ثلاثة يتم اختيارها كالتالي:

- ١ - محكم يتم ترشيحه من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول.
- ٢ - محكم يتم ترشيحه من قبل غرفة تجارة وصناعة قطر.

٣ - محكم مردج يتم ترشيحه من قبل المحكمين الأوليين ، فإذا لم يتفقا على ذلك تفويض هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول في ترشيحه .

وتبدأ إجراءات التحكيم بموجب كتاب مسجل يرسل من طالب التحكيم للطرف الثاني للنزاع يعلنه بموجبه بأسباب النزاع والطلبات المراد الحكم بها ورغبتة في إحالة الموضوع للتحكيم ، وذلك في خلال أسبوعين من تاريخ إرسال الكتاب المسجل . فإذا انقضت تلك المدة دون أن يتسلم طالب التحكيم ردًا من الطرف الثاني للنزاع أو دون أن يتم الاتفاق بين طرف في النزاع على إحالته للتحكيم ، فإنه يحق لطالب التحكيم المثير فورًا في إجراءات التحكيم ، وذلك بإرسال كتابين مسجلين ، الأول لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول والثاني لغرفة تجارة وصناعة قطر (ونسخة منها للطرف الثاني للنزاع) وذلك على العنوان التالي : ص . ب : ٦٦٤ الدوحة - قطر لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول ، ص . ب : ٤٠٢ لغرفة تجارة وصناعة قطر ، يعلنهما بموجبهما بنشوء نزاع بينه وبين أحد / باقي أطراف هذا العقد (مع ذكر ملخص النزاع والطلبات المراد الحكم بها) وعدم توصلهما إلى إتفاق بشأنه ، وطالبا ترشيح محكم من كل منهما لنظر ذلك النزاع .

وبمجرد ورود أسمى العضوين المرشحين ، يجب على الطرف طالب التحكيم إرسال كتاب مسجل إلى الطرف الثاني للنزاع يعلنه فيه بضرورة تواجده بمقر الطرف الأول وفي مواعيد عمله الرسمية (من الساعة السابعة والنصف صباحاً وحتى الساعة الحادية عشر والنصف صباحاً) للتوقيع على وثيقة التحكيم ، مع إخطاره باسمي المحكمين اللذين تم ترشيحهما من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول وغرفة تجارة وصناعة قطر ، وذلك في خلال عشرة أيام من تاريخ إرسال الكتاب المسجل .

إذا تواجد الطرف الثاني للنزاع بمقر الطرف الأول، خلال المهلة المحددة، يتم التوقيع على وثيقة التحكيم والتي يجب فيها تسمية المحكم المرجع مع تحديد أول جلسة لنظر النزاع وأخر ميعاد لتقديم المستندات ومذكرات الدفاع، فإذا تخلف الطرف الثاني للنزاع عن الحضور فإنه يتم إبلاغه بواسطة هيئة التحكيم بموجب كتاب مسجل بميعاد أول جلسة للتحكيم، فإذا لم يحضر – رغمًا عن ذلك – تؤجل الجلسة الأولى إلى جلسة أخرى، تعقد في خلال مدة أقصاها أسبوعين يعلن بها الخصم الغائب، فإذا لم يحضر الأخير الجلسة المؤجلة أو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفعه، ينظر النزاع في غيبته ويصدر الحكم بناءً على المستندات المقدمة في النزاع وفي نطاق ما ورد بوثيقة التحكيم، ويسري نفس الحكم في حالة حضور الطرف الثاني للنزاع لإحدى جلسات التحكيم وغيابه عن باقي الجلسات حتى ولو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفعه.

في حالة استقالة أي محكم (بما في ذلك رئيس الهيئة) أو وفاته (لا قدر الله ذلك) أو امتناعه أو عجزه عن العمل أو اعتزاله أو عزل منه أو قام مانع من مباشرته له يعين محكم بدله بنفس الطريقة التي عين بها المحكم الأصلي، ويكون للخلف جميع سلطات المحكم الأصلي ويقوم بجميع واجباته.

ويتم الفصل في النزاع على أساس ما ورد ببنود هذا العقد، في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، ونصوص القوانين القطرية، والأعراف والقواعد الخاصة وال العامة التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وتحدد الهيئة الإجراءات الخاصة بها مستهدية في هذا الشأن بإجراءات التحكيم الواردة في قانون المرافعات القطري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠ م (المواد من ١٩٠ حتى ٢١٠).

ويكون لهيئة التحكيم الحق في الفصل في جميع طلبات طرفي النزاع المرتبطة بالنزاع الأصلي، وفي جميع المسائل الأولية التي يتوقف عليها الفصل في النزاع الأصلي بما في ذلك الفصل في جميع المسائل المتعلقة بإختصاصها، عدا المسائل التي تخرج أصلاً عن ولايتها.

وعلى سبيل المثال يكون لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي النزاع اتخاذ ما يلي من إجراءات الإثبات:
ندب الخبراء، سماع الشهود، توجيه اليمين المتممة، توجيه اليمين الحاسمة.

ويجب أن يصدر حكم هيئة التحكيم في خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ توقيع المحكمين على وثيقة التحكيم، ما لم يرتضى طرفي النزاع كتابة بامتداده.

ويكون حكم هيئة التحكيم سواء صدر بالإجماع أم بالأغلبية باتاً ونهائياً وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

إذا ثارت أية منازعة بين طرفي النزاع بشأن تفسير حكم هيئة التحكيم، فإنه يجوز لأيهمما أن يطلب كتابة من هيئة التحكيم في خلال مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم، إصدار تفسير له، وعلى الهيئة إصدار التفسير المطلوب، في غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمهما لطلب التفسير، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على الحكم الأصلي من كونه باتاً ونهائياً، ولا يترتب على تقديم طلب التفسير وقف تنفيذ الحكم الأصلي.

هذا ويلتزم من يحكم ضده من طرفي النزاع بجميع مصروفات التحكيم وأتعاب المحكمين أو بنسبة ما يحكم به عليه، وعلى أن تسدد أتعاب المحكمين مقدماً وبالتساوي بين طرفي النزاع عند التوقيع على وثيقة

التحكيم، أو تسلد كاملاً من طالب التحكيم في حالة غياب الطرف الثاني للنزاع.

«البند السابع»

يقر المتعهدان باتخاذهما محلًا مختارًا لهما بالعنوان الموضح بصدر هذا الوعد وجميع المراسلات والإعلانات التي ترسل لهما بهذا العنوان تعتبر صحيحة وقانونية.

وفي حالة تغير/ تغيير العنوان الموضح بصدر هذا الوعد – لأي سبب كان – فإنه يتوجب على الطرف المعنى إبلاغ الطرف الآخر فورًا ودون إبطاء، بالعنوان الجديد، وإلا اعتبرت جميع المراسلات والإعلانات المرسلة على العنوان الموضح بصدر هذا الوعد صحيحة وقانونية.

«البند الثامن»

حرر هذا الوعد من نسختين، بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها.

والله على ما نقول ونعمل شهيد . . .

الطرف الثاني

الطرف الأول

عقد استصناع

أنه في يوم / الموافق / ١٩٩١ م

تحرر هذا العقد بين كل من :

١ - بنك قطر الدولي الإسلامي (ش.م.ق) : ومركزه الرئيسي بشارع الكهرباء بالدوحة ، قطر
ويمثله في التوقيع على هذا العقد السيد /
بصفته :

(طرف أول)

٢ - السيد / جواز سفر رقم

ص.ب : وعنوانه / الدوحة .

(طرف ثانٍ)

أقر الطرفان بصفتهما واتفقا وهما على أهليةهما الكاملة للتعاقد على ما

يليه :

«تمهيد»

تقدماً الطرف الثاني إلى الطرف الأول بطلب يعلن فيه عن رغبته في أن
يقوم الأخير بتنفيذ مشروع بناء (المشروع) على قطعة
الأرض التي يمتلكها بموجب سند الملكية رقم
بمساحة قدرها وأرفق بطلبه رخصة
البناء وال تصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول

الكميات والشروط الخاصة للمشروع، والتي تم إعدادها من قبل المكتب
الهندسي . . .

هذا وقد وافق الطرف الأول على طلب الطرف الثاني بتنفيذ مشروع
البناء على قطعة الأرض المملوكة للأخير، بنفسه أو بمن يتعاقد معه على
ذلك، وتحرر بين الطرفين هذا العقد وفقاً للبنود التالية :

«البند الأول»

يعتبر التمهيد السابق والطلب المقدم من الطرف الثاني المؤرخ
/ ١٩٩٩ م وكذلك رخصة البناء وال تصاميم والمخططات
والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات والمواصفات العامة
والخاصة للمشروع المرفقة والمعتمدة من الطرف الثاني جزءاً لا يتجزأ من
هذا العقد ومتتمة له .

«البند الثاني»

اتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الأول أو من يتعاقد معه على ذلك،
بكلة الأعمال الالزامية لتنفيذ المشروع (طبقاً للبيانات الواردة أدناه) وتسلیمه
صالحاً للانتفاع في نهاية المدة المتفق عليها، وأن يتلزم بتنفيذ جميع
الأعمال، وفقاً لل تصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية،
و قائمة الشروط الخاصة وجداول الكميات المقدمة من الطرف الثاني ووفقاً
للشروط الخاصة المبينة في هذا العقد .

بيانات المشروع:

«البند الثالث»

قيمة هذا العقد مبلغ ریال (فقط
ریال) ويلتزم الطرف الثاني بدفعه للطرف الأول طبقاً
للبيان التالي :

- ـ دفعه مقدمة قدرها
التوقيع على هذا العقد.
- ـ الباقي ينقطع على عدد ()
ـ قيمة كل قسط شهري مبلغ
ریال (ریال قطري).
- ـ يستحق القسط الأول في / / . م

ومن المعلوم للطرف الثاني أن تواريخ استحقاق الأقساط ليست لها
أدنى علاقة بتاريخ تسلم المشروع، كما أن امتداد مدة تنفيذ المشروع
للأسباب الموضحة بالبند السادس أدنى له أدنى تأثير على استحقاق
أقساط قيمة العقد في مواعيدها المحددة آنفاً.

وإجمالاً فإن الأقساط تستحق في مواعيدها المحددة وبصرف النظر
عما إذا كان المشروع قد تم بناءه في الموعد المحدد من عدمه، أو سلم في
موعده أم لا.

هذا ويفوض الطرف الثاني الطرف الأول في خصم جميع أقساط الثمن
من أي حساب من حساباته طرفه بما في ذلك حسابات الودائع، ويبقى هذا
التفويض قائماً طوال مدة سريان هذا العقد.

«البند الرابع»

تأميناً لسداد مبلغ هذا العقد وافق الطرف الثاني على إجراء رهن عقاري لصالح الطرف الأول على العقار المملوک له التالي بيانه:

رقم سند الملكية:

المنطقة العقارية:

مساحة العقار:

أوصاف العقار:

ويشمل هذا الرهن كافة الإنشاءات التي تعود بمنفعة على الطرف الثاني سواء ما وجد منها قبل الرهن أو بعده وأي ما كانت قيمتها ولو جاوزت قيمة العقار الأصلي في هذا العقد، طالما أصبحت مملوکة للطرف الثاني.

ومن المتفق عليه بقاء هذا الرهن وعدم فكه إلا بعد سداد الطرف الثاني لكامل مبلغ هذا العقد أو تقديمها لضمانة أخرى مقبولة لدى الطرف الأول.

«البند الخامس»

يتعهد الطرف الثاني بسداد الأقساط الشهرية في مواعيد استحقاقها، وفي حالة تأخره عن دفع قسطين يحل سداد باقي الأقساط فوراً، ويكون من حق الطرف الأول أن يرجع عليه لازمامه بسداد جميع حقوقه الناتجة عن هذا العقد، فضلاً عن تعويضه عن أية أضرار تلحق به من جراء ذلك، كما يكون من حقه بيع العقار المرهون لصالحه ولاستيفاء جميع حقوقه من متطلبات البيع.

«البند السادس»

يحق للطرف الأول التعاقد مع إحدى شركات المقاولات لتنفيذ المشروع حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها مع الطرف الثاني، كما يحق للطرف الأول في حالة مخالفة شركة المقاولات للشروط المتفق عليها وعدم الوصول إلى اتفاق لحل الخلاف مما يؤثر على سير العمل، استبدالها والتعاقد مع شركة أو شركات أخرى لإكمال تنفيذ المشروع، مع مراعاة امتداد مدة تسليم المشروع (الموضحة تفصيلاً بالبند السابع أدناه) تلقائياً في حدود الفترة التي استغرقها حل الخلاف أو إجراءات استبدال المقاول المخالف بأخر.

ومن المعلوم للطرف الثاني أن امتداد مدة تسليم المشروع لا تؤثر بأي حال من الأحوال على مدة سداد الأقساط أو تواريخ سداد القسط الأول وفقاً لما ورد بالبند الثالث أعلاه.

«البند السابع»

يلتزم الطرف الأول أو من يتعاقد معه على ذلك بتنفيذ جميع الأعمال الالزامية لتشييد المشروع خلال مدة أقصاها شهرًا، وما يضاف إليها من مدد معتمدة من الطرف الثاني واستشاري المشروع، تبدأ من تاريخ استلامه لموقع المشروع استلاماً فعلياً بموجب المحضر الدال على ذلك ويتعهد بتسليم المشروع صالحًا للانتفاع في نهاية المدة المحددة ما لم تطرأ أسباب قهرية أو ظروف استثنائية تحول دون ذلك.

«البند الثامن»

قام الطرف الثاني بتعيين المكتب الاستشاري ليكون وكيلًا عنه في الإشراف على تنفيذ مراحل المشروع المختلفة وتسليم المشروع بعد إتمام التنفيذ بالكامل وعلى أن تكون مهمة هذا الاستشاري الإشراف على جميع أعمال المشروع ومراحل التنفيذ المختلفة والتأكيد من أن الأعمال المنجزة قد نفذت طبقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها مع قيامه بإعداد شهادات الإنجاز والتي يعتبر توقيعه عليها بمثابة شهادة من الطرف الثاني بتسليم جميع الأعمال المنجزة وقبوله لها وإقراراً منه بأنها قد نفذت وفقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها.

«البند التاسع»

يعتبر المشروع أنه قد تم تسليمه للطرف الثاني حال إصدار شهادة إتمام البناء من بلدية الدوحة وتسليمها له أو تسلم المكتب الاستشاري له من المقاول (شركة .)

«البند العاشر»

يقبل الطرف الثاني قبولاً نهائياً وباتاً ضمان تنفيذ جميع الأعمال بالمشروع من الجهة التي يتعاقد معها الطرف الأول لتنفيذ المشروع وحيث أن شركة قد ضمنت المشروع للطرف الثاني، فإنه وبموجب هذا يتنازل عن حقه في الرجوع على الطرف الأول في أية مطالبة أو ادعاء قد ينشأ مستقبلاً بعد تسلم المشروع، ويلتزم الطرف الثاني بناءً على ذلك بالرجوع على شركة المقاولات المنفذة في أية مطالبة أو ادعاء.

«البند العادي عشر»

في حالة تأخر الطرف الأول أو من يتعاقد معه عن اتمام تنفيذ المشروع في الموعد المحدد فإن الطرف الراجع التأخير إليه يتحمل جميع الأضرار التي تنتج عن هذا التأخير ما لم تكن هناك أسباب قهريّة لم يتسبب فيها وتكون خارجة عن إرادته.

ويشترط لاستحقاق التعويض:

- ١ — أن يكون الضرر الحادث ضررًا فعليًا ومتوقعاً ومباشراً.
- ٢ — ألا يزيد مقداره عن غرامات التأخير المدرجة في عقد المقاولة
المؤرخ في / /
ريل عن قدرها كل يوم تأخير.

«البند الثاني عشر»

في حالة وجود أية أعمال إضافية أو تعديلات يقترح الطرف الثاني ضرورة إدخالها مما قد يؤثر على شروط وقيمة ومدة هذا العقد، فإن على الطرف الثاني مراجعة الطرف الأول وللاتفاق على تعديل العقد أو للحصول على موافقته على التعديل المقترن قبل تنفيذ أية أعمال خلاف الأعمال المعتمدة، سواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان مع إمداد الطرف الأول بنسخة عن المخطّطات والتصاميم والمواصفات المعدلة.

«البند الثالث عشر»

أي خلاف أو نزاع ينشأ بين طرفي / أطراف هذا العقد خاص بتفسير أو تنفيذ أي بند من بنوده يعرض على هيئة تحكيم ثلاثة يتم اختيارها كالتالي:

- ١ — محكم يتم ترشيحه من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول.
- ٢ — محكم يتم ترشيحه من قبل غرفة تجارة وصناعة قطر.

٣ - محكم مردج يتم ترشيحه من قبل المحكمين الأولين ، فإذا لم يتفقا على ذلك تفوض هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول في ترشيحه .

وتبدأ إجراءات التحكيم بموجب كتاب مسجل يرسل من طالب التحكيم للطرف الثاني للنزاع يعلنه بموجبه بأسباب النزاع والطلبات المراد الحكم بها ورغبتة في إحالة الموضوع للتحكيم وذلك في خلال أسبوعين من تاريخ إرسال الكتاب المسجل .

فإذا انقضت تلك المدة دون أن يتسلم طالب التحكيم ردًا من الطرف الثاني للنزاع أو دون أن يتم الانفاق بين طرفين النزاع على إحالته للتحكيم ، فإنه يحق لطالب التحكيم السير فورًا في إجراءات التحكيم وذلك بإرسال كتابين مسجلين : الأول لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول والثاني لغرفة تجارة وصناعة قطر (ونسخة منها للطرف الثاني للنزاع) وذلك على العنوان التالي : ص . ب : ٦٦٤ الدوحة - قطر لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول . ص . ب : ٤٠٢ لغرفة تجارة وصناعة قطر ، يعلنهمما بموجبهما بنشوء نزاع بينه وبين أحد / باقي أطراف هذا العقد (مع ذكر ملخص النزاع والطلبات المراد الحكم بها) وعدم توصلهما إلى اتفاق بشأنه ، وطالبا ترشيح محكم من كل منهما لنظر ذلك النزاع .

وبمجرد ورود اسمى العضوين المرشحين ، يجب على الطرف طالب التحكيم إرسال كتاب مسجل إلى الطرف الثاني للنزاع يعلنه فيه بضرورة تواجده بمقر الطرف الأول وفي مواعيد عمله الرسمية (من الساعة السابعة والنصف صباحاً وحتى الساعة الحادية عشر والنصف صباحاً) للتتوقيع على وثيقة التحكيم ، مع إخطاره باسمى المحكمين اللذين تم ترشيحهما من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول وغرفة تجارة وصناعة قطر ، وذلك في خلال عشرة أيام من تاريخ إرسال الكتاب المسجل .

إذا تواجد الطرف الثاني للنزاع بمقر الطرف الأول خلال المهلة المحددة، يتم التوقيع على وثيقة التحكيم والتي يجب فيها تسمية المحكم المرجح مع تحديد أول جلسة لنظر النزاع وآخر ميعاد لتقديم المستندات ومذكرات الدفاع، فإذا تخلف الطرف الثاني للنزاع عن الحضور فإنه يتم إبلاغه بواسطة هيئة التحكيم بموجب كتاب مسجل بميعاد أول جلسة للتحكيم، فإذا لم يحضر – رغمًا عن ذلك – تؤجل الجلسة الأولى إلى جلسة أخرى، تعقد في خلال مدة أقصاها أسبوعين يعلن بها الخصم الغائب، فإذا لم يحضر الأخير الجلسة الموجلة أو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفاعه، ينظر النزاع في غيابه ويصدر الحكم بناءً على المستندات المقدمة في النزاع وفي نطاق ما ورد بوثيقة التحكيم، ويسري نفس الحكم في حالة حضور الطرف الثاني للنزاع لإحدى جلسات التحكيم وغيابه عن باقي الجلسات حتى ولو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفاعه.

في حالة استقالة أي محكم (بما في ذلك رئيس الهيئة) أو وفاته (لا قدر الله ذلك) أو امتناعه أو عجزه عن العمل أو اعتزاله أو عزل منه أو قام مانع من مباشرته له يعين محكم بدله بنفس الطريقة التي عين بها المحكم الأصلي. ويكون للخلف جميع سلطات المحكم الأصلي ويقوم بجميع واجباته.

ويتم الفصل في النزاع على أساس ما ورد بينود هذا العقد في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القوانين القطرية والأعراف والقواعد الخاصة وال العامة التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وتحدد الهيئة الإجراءات الخاصة بها مستهدية في هذا الشأن بإجراءات التحكيم الواردة في قانون المرافعات القطري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠ (المواد من ١٩٠ حتى ٢١٠).

ويكون لهيئة التحكيم الحق في الفصل في جميع طلبات طرف في النزاع

المرتبطة بالنزاع الأصلي. وفي جميع المسائل الأولية التي يتوقف عليها الفصل في النزاع الأصلي بما في ذلك الفصل في جميع المسائل المتعلقة باختصاصها، عدا المسائل التي تخرج أصلاً عن ولايتها.

وعلى سبيل المثال يكون لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي النزاع اتخاذ ما يلي من إجراءات الإثبات: ندب الخبراء، سماع الشهود، توجيه اليمين المتممة، توجيه اليمين الحاسمة.

ويجب أن يصدر حكم هيئة التحكيم في خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ توقيع المحكمين على وثيقة التحكيم، ما لم يرتضى طرف في النزاع كتابة بامتداده.

ويكون حكم هيئة التحكيم سواء صدر بالإجماع أم بالأغلبية باتاً ونهائياً وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

إذا ثارت أية منازعة بين طرفي النزاع بشأن تفسير حكم هيئة التحكيم فإنه يجوز لأيٍهما أن يطلب كتابة من هيئة التحكيم في خلال مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم. إصدار تفسير له، وعلى الهيئة إصدار التفسير المطلوب في غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمهما لطلب التفسير، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على الحكم الأصلي من كونه باتاً ونهائياً، ولا يترتب على تقديم طلب التفسير وقف تنفيذ الحكم الأصلي.

هذا ويلتزم من يحكم ضده من طرفي النزاع بجميع مصروفات التحكيم وأتعاب المحكمين أو بنسبة ما يحكم به عليه، وعلى أن تسدد أتعاب المحكمين مقدماً وبالتساوي بين طرفي النزاع عند التوقيع على وثيقة التحكيم، أو تسدد كاملاً من طالب التحكيم في حالة غياب الطرف الثاني للنزاع.

«البند الرابع عشر»

يقر المتعاقدان باتخاذهما مختاراً لهما بالعنوان الموضح بصدر هذا العقد وجميع المراسلات والإعلانات التي ترسل لهما بهذا العنوان تعتبر صحيحة وقانونية.

وفي حالة تغيير/ تغيير العنوان الموضح بصدر هذا العقد – لأي سبب كان – فإنه يتوجب على الطرف المعنى إبلاغ الطرف الآخر فوراً ودون إبطاء بالعنوان الجديد، وإلا اعتبرت جميع المراسلات والإعلانات المرسلة على العنوان الموضح بصدر هذا العقد صحيحة وقانونية.

«البند الخامس عشر»

حرر هذا العقد من نسختين بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها.

والله ولي التوفيق.

الطرف الثاني

الطرف الأول

عقد مقاوله

الموافق / / ١٩٩١ م

أنه في يوم

فيما بين كل من :

١ - بنك قطر الدولي الإسلامي : ومقره شارع الكهرباء ص.ب : ٦٦٤

/ ويمثله السيد/

بصفته :

(طرفاً أولاً/ رب العمل)

٢ - السادة/

/ ويمثلها السيد/

بصفته/

(طرفاً ثانياً/ المقاول)

«تمهيد»

بموجب عقد استصناع مؤرخ في / / ١٩٩١ م مبرم بين
الطرف الأول والسيد/ السادة (الملك) وافق الطرف
الأول على قيامه ببناء (المشروع) على قطعة الأرض
المملوكة للأخير بموجب سند الملكية رقم ووفقاً للتصاميم والمخططات
والرسومات والمواصفات وجداول الكميات والشروط العامة والخاصة
بالمشروع المرفقة بهذا العقد .

وحيث إن الطرف الثاني بصفته شركة متخصصة في أعمال البناء ولديه الإمكانيات والخبرة الكافية لإتمام مثل هذه الأعمال فقد عرض على الطرف الأول قيامه ببناء على قطعة الأرض رقم (المالك) الم المملوكة للسيد/ السادة/ (الملك)

بمبلغ إجمالي وجزائي قدره/ ريال يدفع طبقاً لما هو موضع أدناه، وعلى أن يسلم المشروع كاملاً في مدة أقصاها شهر تبدأ من تاريخ التوقيع على هذا العقد.

وحيث إن الطرف الأول قد وافق على عرض الطرف الثاني مع احتفاظه بحقه في إكمال المشروع بنفسه أو عن طريق مقاول آخر في حالة إخلال الطرف الثاني بأحد الالتزامات المفروضة عليه بموجب شروط هذا العقد.. .
وحيث إن الطرف الثاني قد وافق على ذلك.

فقد اتفق الطرفان وهما على أهليةهما للتعاقد شرعاً على إبرام هذا العقد وفقاً للشروط التالية:

«البند الأول»

يعتبر التمهيد السابق والتصميمات والمخططات والرسومات والمواصفات وجداول الكميات وقائمة الشروط الخاصة بالمشروع المرفقة بهذا العقد جزءاً لا يتجزأ منه تقرأ وتفسر معه.

«البند الثاني»

بموجب هذا العقد قبل الطرف الثاني أن يقوم ببناء (المشروع) لحساب الطرف الأول على قطعة الأرض رقم ذلك (المملوكة للسيد/ للسادة) طبقاً للرسوم والتصميمات والمواصفات وقائمة الشروط المرفقة

والموقعة من الطرفين والمعدة من قبل

تفصيلات المشروع :

«البند الثالث»

يقر الطرف الثاني بأنه قد اطلع ودرس بنفسه جميع الشروط والمواصفات والرسومات المرفقة بهذا العقد، وتحقق من تفصيلات العملية وموقع الأرض وطبيعتها وطبيعته. وأنه قد حدد ثمن المقاولة الإجمالي والجزائي على أساس هذه التفصيلات، كما تعهد بالقيام بجميع الأعمال المطلوبة المدرجة بهذا العقد أو مرفقاته دون استثناء.

«البند الرابع»

يتعين على الطرف الثاني فحص الرسومات قبل تنفيذها، وإن خطر الطرف الأول في الوقت المناسب بكل خطأ أو سهو قد يكتشفه فيها، على أنه لا يحق له إجراء أي تغيير أو تعديل في المشروع من تلقاء نفسه دون تصريح كتابي بذلك من المهندس الاستشاري المعين من قبل الطرف الأول أو المالك.

«البند الخامس»

على الطرف الثاني استخراج جميع الرخص الالزمة لتنفيذ وإحضار جميع المواد والمهامات بمصروفات على عاتق الطرف الثاني، واتباع جميع لواح التنظيم وتعليمات شرطة المرور الخاصة بإشغالات الطريق، وهو المسؤول وحده عن كل مخالفة للقوانين والتعليمات والقرارات المعمول بها أو التي تصدر أثناء العمل، كما عليه اتخاذ كافة الاحتياطات الالزمة لمنع حدوث ضرر للمباني المجاورة أو للغير أو للطرف الأول بسبب تنفيذ هذه المقاولة.

«البند السادس»

يلتزم الطرف الثاني بإحضار جميع المواد الالزمة للعمل من أجود الأصناف الموجودة بالسوق المحلي، وعليه استخدام عدد كافٍ من العمال والمشرفين والمهندسين المتخصصين لحسن سير العمل، وذلك على نفقته الخاصة، كما عليه تحمل ثمن استهلاك المياه الالزمة للبناء.

«البند السابع»

يتعهد الطرف الثاني بأن يقوم بتنفيذ كافة أعمال المقاولة والإشراف عليها بنفسه، ويحظر عليه التنازل عن المقاولة، وإلا حق للطرف الأول اعتبار هذا العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار.

فإذا رغب الطرف الثاني في إسناد جزء من أعمال المقاولة لمقاول من الباطن، فإنه يتوجب عليه تقديم البيانات الكاملة عن العمل المطلوب إسناده وعن المقاول من الباطن، لاستشاري المشروع للحصول على موافقته الكتابية قبل التعاقد.

«البند الثامن»

يكون الطرف الثاني مسؤولاً بمفرده عن سلامة العمال والجمهور وأملاك الغير، وعليه اتخاذ الاحتياطات الالزمة لذلك، كما يكون مسؤولاً عن أية جريمة يرتكبها أحد عماله، وعليه تعين من يلزم من الأشخاص لحراسة المشروع والمواد الموجودة به وما يتم بناءه من أجزاء له حين تسليمه للطرف الأول.. وتنفيذاً لذلك فقد تعهد الطرف الثاني بإجراء جميع أنواع التأمين التالية (لدى شركة تأمين إسلامية).

١ - التأمين على المشروع ضد الأخطاء التي تتناسب مع طبيعته بقيمة تعادل قيمة المقاولة، وعلى أن تصدر الوثيقة لصالح الطرف الأول.

٢ - التأمين من المسؤولية عن الأضرار التي قد تقع للعمال أو الجمهوه أو أملاك الغير وذلك بقيمة تتناسب مع التالي :

- (أ) عدد عمال وموظفي المشروع .
- (ب) موقع المشروع .
- (ج) أملاك الغير المجاورة للمشروع .

هذا ويعهد الطرف الثاني بتسليم الطرف الأول أصل وثائق التأمين المنوه عنها آنفاً خلال أسبوعين على الأكثر من تاريخ توقيع هذا العقد، وإلا يكون من حق الطرف الأول إجراء التأمين خصماً من مستحقات الطرف الثاني لديه دون اتخاذ أي إجراء آخر .

ومن المتفق عليه بين الطرفين أنه يحق للطرف الأول تجديد وثائق التأمين قبل انتهاء صلاحياتها بأسبوعين على الأقل - في حالة تفاصس الطرف الثاني عن ذلك - خصماً على حساب الأخير طرفه .

«البند التاسع»

على الطرف الثاني القيام بعملية البناء حسب أصول وفن الصنعة . ويكون مسؤولاً عن م坦ة الأعمال التي يقوم بها وقوه احتمالها كما يتوجب عليه تنظيف موقع المشروع ، من كافة مخلفات البناء ، وإلا كان من حق الطرف الأول إزالتها خصماً على حساب الطرف الثاني .

«البند العاشر»

لمالك المشروع الحق في تعيين من يختاره من المكاتب الهندسية الاستشارية لمراقبة سير العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ، وعلى الطرف الثاني اتباع إرشاداته والعمل على تنفيذها بدقة ، على أن ذلك لا يخل المقاول من المسؤولية قبل الطرف الأول .

ليكون استشاري هذا وقد عين المالك مكتب المشروع ووكيلًا عنه في مراقبة سير العمل واستلام المشروع.

«البند الحادي عشر»

الثمن المتفق عليه لجميع أعمال هذه المقاولة وتسليم حسب الشروط الفنية والرسومات والمواصفات وقائمة الشروط المرفقة، قد تحدد بمبلغ إجمالي وجزائي قدره/ ريال (فقط ريال) يسدد من الطرف الأول للطرف الثاني على دفعات

بالكيفية الآتية :

رقم الدفعه	مقدار الدفعه	بيان الأعمال المنجزة
الأولى	%	دفعه شهرية حسب الأعمال المنجزة.
الثانية	%	دفعه شهرية حسب الأعمال المنجزة.
الثالثة	%	دفعه شهرية حسب الأعمال المنجزة.
الرابعة	%	دفعه شهرية حسب الأعمال المنجزة.
دفعه التسليم	%	عند التسليم الإبتدائي للمشروع.
دفعه الضمان	%	بعد مضي ستة أشهر/ سنة من التسليم الإبتدائي للمشروع (التسليم النهائي)

مع العلم بأن قيام الطرف الأول بدفع هذه المبالغ للطرف الثاني لا يعتبر بأي حال من الأحوال تسليمًا منه بأن الأعمال قد تمت أو نفذت طبقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها.

كما أنه من المتفق عليه أن الدفعات المشار إليها بعاليه لا يتم صرفها إلا بعد إجازة المهندس الاستشاري لما تم من أعمال، وفي غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدار شهادة الإنجاز.

«البند الثاني عشر»

يلتزم الطرف الثاني بتقديم — وذلك قبل تسلمه الدفعة المقدمة — خطاب ضمان بنكي غير مشروط وغير قابل للإلغاء بمبلغ ريال (فقط ريال قطري) صالح حتى تاريخ التسليم الابتدائي).

«البند الثالث عشر»

الثمن المتفق عليه لإنجاز هذه المقاولة المشار إليه بالبند الحادي عشر أعلاه هو ثمن إجمالي وجزائي ونهائي، وعلى ذلك فإنه لا يحق لأحد الطرفين طلب تعديله تحت أي ظرف ومهما حدث من تقلبات في أسعار مواد البناء أو الديكورات أو أجور العمال.

«البند الرابع عشر»

يقر الطرف الثاني بأنه قد استلم بالفعل موقع المشروع جاهزاً للبدء في العمل الفوري.

«البند الخامس عشر»

التسليم الابتدائي للمشروع :

تحدد لتنفيذ جميع الأعمال الخاصة بهذه المقاولة مدة أقصاها شهر تبدأ من تاريخ توقيع الطرف الثاني على هذا العقد، هذا ويعهد الأخير بتسليم تسلیماً ابتدائیاً في نهاية هذه المدة — وما يضاف عليها من مدد معتمدة من المالك والاستشاري — تامة البناء واللوازم حسب الرسومات والمواصفات وقائمة الشروط المرفقة. فإذا تأخر الطرف الثاني عن التسليم في الموعد المحدد يكون ملزماً بأن يدفع للطرف الأول تعويضاً حدد من الآن وباتفاق الطرفين وبصفة نهائية بمبلغ

ريال () عن كل يوم تأخير ريال) فإذا تجاوزت مدة التأخير خمسة وأربعون يوماً اعتبر هذه العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، ويكون من حق الطرف الأول تكليف مقاول آخر بإكمال المقاولة خصماً على حساب الطرف الثاني ودون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر.

هذا ويكون من حق الطرف الأول - تفليداً لحقه في الفسخ والإكمال - دخول موقع المشروع واستلامه وعلى أن يتم ذلك في وجود استشاري المشروع والذي يتوجب عليه تحرير محضر إثبات حالة يتضمن بالتفصيل الأعمال التي قام بها الطرف الثاني وقيمتها التقديرية وقت استلام الطرف الأول لموقع المشروع، مع بيان تفصيلي للمواد الخام والمعدات والمهام العائدة للطرف الثاني الموجودة بالموقع، والذي يتوجب عليه استلامها وسحبها من الموقع في خلال أسبوعين من تاريخ تحرير محضر إثبات الحالة، وإلا ظلت في الموقع على مسؤوليته الكاملة، ولن يكون الطرف الأول مسؤولاً بعد ذلك عن أي نقص أو تلف يحدث بها.

وإضافة لما سبق يتهدى الطرف الثاني بأن يدفع لاستشاري المشروع أتعابه الشهرية المقدرة بمبلغ ريال وذلك على أساس تناسبه عن أي مدة تأخير.

«البند السادس عشر»

تسري أحكام المادة السابقة أيضاً على الطرف الثاني إذا توقف عن العمل لأي سبب أو تباطأ فيه بصورة لن تمكنه من إتمام المشروع في الميعاد المتفق عليه أو قام به على وجه معيب أو منافي للشروط.

«البند السابع عشر»

التسليم النهائي للمشروع :

على الطرف الثاني تسليم جميع الأعمال الخاصة بهذه المقاولة تسليماً نهائياً بعد ٤٠٠ يوماً من تاريخ التسليم الابتدائي (فترة الصيانة)، ويتوارد على الطرف الثاني خلالها أن يقوم بإجراء جميع أعمال الصيانة المطلوبة فور طلبها وفي خلال مدة أقصاها شهر من تاريخ طلبها كتابة، وإلا كان من حق الطرف الأول أو مالك المشروع إجرائها خصماً على حساب الطرف الثاني.

«البند الثامن عشر»

إذا هلك البناء أو شيء منه قبل تسليمه للطرف الأول فإنها تهلك على الطرف الثاني، والذي لا يكون له أن يطالب بشمن عمله أو رد نفقاته، وكذا الحال إذا هلكت أو سرقت المواد التي أحضرها.

«البند التاسع عشر»

يلتزم الطرف الثاني بالتقيد بالقواعد ونظم البناء المعهود بها في دولة قطر، ولا يجوز له أن يقبل أية تعليمات تخالف على أي وجه كان شروط التصميم أو نظم البناء المشار إليها، وفي حالة وقوع مثل هذه المخالفة يتم تصحيح الأعمال المخالفة، على نفقة الطرف الثاني، دون سواه، ويكون للطرف الأول أن يتتأكد من التزامه بالتنفيذ، وفقاً لتلك النظم والقواعد، وإجراء التصحيحات والتعديلات اللازمة عند مخالفتها.

«البند العشرون»

يلتزم المقاول - لإمكان قيام الاستشاري بعمله على أكمل وجه - باتباع التالي :

١ - في حالة وجود أية اختلافات بين الرسومات والمواصفات

العامة أو الخاصة، فعلى المقاول اتباع الأفضل الذي يقررها الاستشاري، متناولاً بذلك عن أحقيته في المطالبة بأية فروق في الأسعار.

٢ - المحافظة على الدفتر المرقم المسلم إليه من الاستشاري (دفتر الموقع) على أن يسجل فيه محاضر زيادة الاستشاري، وأن ينفذ جميع التعليمات المدرجة فيه الصادرة بمناسبة الزيارات المعنية.

هذا مع التزامه بتسلیم الطرف الأول نسخة من محاضر الزيارة بمعدل مرة كل شهر.

٣ - تعيين مسؤول عن تنفيذ المشروع (مهندس) له خبرة جيدة في تنفيذ المشاريع المماثلة، مقيم إقامة كاملة في موقع المقاولة طوال فترة العمل والتي يجب ألا تقل عن ٨ ساعات يومياً، وكذلك مراقب أبنية بخبرة مناسبة لتنفيذ الأعمال، وللاستشاري الحق في طلب تغييرها إذا ما تبين له ضعف كفاءتها.

٤ - أما في حالة اكتشاف الاستشاري عدم تواجد مسؤول التنفيذ بالموقع، فإن له الحق في إيقاف العمل في المشروع حتى تمام انتظامه، فإذا تكرر ذلك العمل، فإنه يكون من حق الاستشاري إيقاف العمل في المشروع حتى تمام تغييره.

٥ - يجب على المقاول عدم تنفيذ أعمال الخرسانة المسلحة أو الدفان أو عوازل المياه والرطوبة إلا في حضور الاستشاري وتحت إشرافه، وعلى أن يتم تحرير محضر بذلك في دفتر الموقع.

٦ - يجب على المقاول تقديم الجدول الزمني الخاص بسير العمل بالمشروع ومراحل تقدمه حسب خطة التنفيذ الموضوعة لاعتماده من الاستشاري.

٧ - يلتزم المقاول بتوريد وتركيب المواد المتفق عليها بعد اعتماد عيناتها من الاستشاري والمالك، وأن تكون المواد الموردة طبقاً لهذه العينات.

وإجمالاً فإنه على المقاول الالتزام التام وتنفيذ جميع التعليمات والملحوظات الصادرة إليه من الاستشاري.

«البند الواحد والعشرون»

يضمن الطرف الثاني للطرف الأول ومالك العقار السيد/ السادة ما يحدث للبناء بعد تسليمه له من تهدم كلي أو جزئي ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في طبيعة الأرض ذاتها وكذلك ما يوجد بالمبني من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وتحسب مدة الضمان هذه طبقاً للعرف المتبع في سوق صنعة البناء ووفقاً لما نص عليه القانون القطري (عشر سنوات كحد أدنى تحسب من تاريخ الاستلام الابتدائي للمشروع).

أما بخصوص أعمال الصبغ والصحي والتوصيلات الكهربائية فمدة ضمانها عام كامل كحد أدنى تحسب من تاريخ الاستلام الابتدائي للمشروع.

أما عوازل الأسطح والحمامات فمدة ضمانها خمس سنوات كحد أدنى تُحسب من تاريخ الاستلام الابتدائي للمشروع.

«البند الثاني والعشرون»

يقر المتعاقدان باتخاذهما محلًا مختارًا لهما بالعنوان الموضح بصدر هذا العقد وجميع المراسلات والاعلانات التي ترسل لهما بهذا العنوان تعتبر صحيحة وقانونية.

وفي حالة تغير/ تغيير العنوان الموضح بصدر هذا العقد – لأي سبب كان – فإنه يتوجب على الطرف المعني إبلاغ الطرف الآخر فوراً ودون إبطاء بالعنوان الجديد، وإلا اعتبرت جميع المراسلات والاعلانات المرسلة على العنوان الموضح بصدر هذا العقد صحيحة وقانونية.

«البند الثالث والعشرون»

أي خلاف أو نزاع ينشأ بين طرفي / أطراف هذا العقد خاص بتفسير أو تنفيذ أي بند من بنوده يعرض على هيئة تحكيم ثلاثة يتم اختيارها كالتالي :

- ١ – محكم يتم ترشيحه من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول.
- ٢ – محكم يتم ترشيحه من قبل غرفة تجارة وصناعة قطر.
- ٣ – محكم مرجع يتم ترشيحه من قبل المحكمين الأوليين ، فإذا لم يتفقا على ذلك تفوض هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول في ترشيحه.

وتبدأ إجراءات التحكيم بموجب كتاب مسجل يرسل من طالب التحكيم للطرف الثاني يعلنه بموجبه بأسباب النزاع والطلبات المراد الحكم بها ورغبته في إحالة الموضوع للتحكيم وذلك في خلال أسبوعين من تاريخ إرسال الكتاب المسجل.

إذا انقضت تلك المدة دون أن يتسلم طالب التحكيم رد من الطرف الثاني للنزاع أو دون أن يتم الاتفاق بين طرفي النزاع على إحالته للتحكيم، فإنه يحق لطالب التحكيم السير فوراً في إجراءات التحكيم وذلك بإرسال كتابين مسجلين الأول لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول والثاني لغرفة تجارة وصناعة قطر (ونسخة منها للطرف الثاني للنزاع) وذلك على العنوان التالي : ص.ب : ٦٦٤ الدوحة – قطر لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول.

ص. ب : ٤٠٢ لغرفة تجارة وصناعة قطر ، يعلنهمما بموجبهمما بنشوء نزاع بينه وبين أحد/ باقي أطراف هذا العقد (مع ذكر ملخص النزاع والطلبات المراد الحكم بها) وعدم توصلهما إلى اتفاق بشأنه ، وطالباً ترشيح محكم من كل متهمما لنظر ذلك النزاع .

وبمجرد ورود اسمى العضوين المرشحين ، يجب على الطرف طالب التحكيم إرسال كتاب مسجل إلى الطرف الثاني للنزاع يعلنه فيه بضرورة تواجده بمقر الطرف الأول وفي مواعيد عمله الرسمية (من الساعة السابعة والنصف صباحاً وحتى الساعة الحادية عشر والنصف صباحاً) للتوقيع على وثيقة التحكيم ، مع إخطاره باسمي المحكمين اللذين تم ترشيحهما من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول وغرفة تجارة وصناعة قطر ، وذلك في خلال عشرة أيام من تاريخ إرسال الكتاب المسجل .

إذا تواجد الطرف الثاني للنزاع بمقر الطرف الأول خلال المهلة المحددة ، يتم التوقيع على وثيقة التحكيم والتي يجب فيها تسمية المحكم المرجع مع تحديد أول جلسة لنظر النزاع وأخر ميعاد تقديم المستندات ومذكرات الدفاع ، فإذا تخلف الطرف الثاني للنزاع عن الحضور فإنه يتم إبلاغه بواسطة هيئة التحكيم بموجب كتاب مسجل بميعاد أول جلسة للتحكيم ، فإذا لم يحضر – رغمًا عن ذلك – تؤجل الجلسة الأولى إلى جلسة أخرى ، تعقد في خلال مدة أقصاها أسبوعين يعلن بها الخصم الغائب ، فإذا لم يحضر الأخير الجلسة المؤجلة أو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفعه ، ينظر النزاع في غيابه ويصدر الحكم بناءً على المستندات المقدمة في النزاع وفي نطاق ما ورد بوثيقة التحكيم ، ويسري نفس الحكم في حالة حضور الطرف الثاني للنزاع لإحدى جلسات التحكيم وغيابه عن باقي الجلسات حتى ولو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفعه .

في حالة استقالة أي محاكم (بما في ذلك رئيس الهيئة) أو وفاته (لا قدر الله ذلك) أو امتناعه أو عجزه عن العمل أو اعتزاله أو عزل منه أو قام مانع من مباشرته له يعين محاكم بدله بنفس الطريقة التي عين بها المحكم الأصلي، ويكون للخلف جميع سلطات المحكم الأصلي ويقوم بجمع واجباته.

ويتم الفصل في النزاع على أساس ما ورد ببنود هذا العقد في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القوانين القطرية والأعراف والقواعد الخاصة وال العامة التي لا تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وتحدد الهيئة الإجراءات الخاصة بها مستهدفة في هذا الشأن بإجراءات التحكيم الواردة في قانون المرافعات القطري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠ م (المواد من ١٩٠ حتى ٢١٠).

ويكون لهيئة التحكيم الحق في الفصل في جميع طلبات طرفي النزاع المرتبطة بالنزاع الأصلي، وفي جميع المسائل الأولية التي يتوقف عليها الفصل في النزاع الأصلي بما في ذلك الفصل في جميع المسائل المتعلقة باختصاصها، عدا المسائل التي تخرج أصلاً عن ولايتها، وعلى سبيل المثال يكون لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد طرفي النزاع اتخاذ ما يلي من إجراءات الأثبات:

ندب الخبراء، سماع الشهود، توجيه اليمين المتممة، توجيه اليمين الحاسمية.

ويجب أن يصدر حكم هيئة التحكيم في خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ توقيع المحكمين على وثيقة التحكيم، ما لم يرتضى طرفي النزاع كتابة بامتداده.

ويكون حكم هيئة التحكيم سواء صدر بالإجماع أو بالأغلبية باتاً ونهائياً وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

إذا ثارت أية منازعة بين طرفي النزاع بشأن تفسير حكم هيئة التحكيم فإنه يجوز لأيهم أن يطلب كتابة من هيئة التحكيم في خلال مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم: إصدار تفسير له، وعلى الهيئة إصدار التفسير المطلوب في غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمهما لطلب التفسير، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على الحكم الأصلي من كونه باتاً ونهائياً، ولا يترتب على تقديم طلب التفسير وقف تنفيذ الحكم الأصلي.

هذا ويلتزم من يحكم ضده من طرفي النزاع بجميع مصروفات التحكيم وأتعاب المحكمين أو بنسبة ما يحكم به عليه، وعلى أن تسدد أتعاب المحكمين مقدماً وبالتساوي بين طرفي النزاع عند التوقيع على وثيقة التحكيم، أو تسدد كاملاً من طالب التحكيم في حالة غياب الطرف الثاني للنزاع.

«البند الرابع والعشرون»

تحرر هذا العقد من نسختين بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها وتسليم النسخة الثالثة لمالك العقار/ لإمكان رجوعه بضمان الأعمال مباشرة على الطرف الثاني.

والله على ما نقول ونعمل شهيد.

الطرف الثاني

الطرف الأول



رَبُّ
عَنْ الْمَرْجَنِ الْجَنِيِّ
الْأَسْمَاءِ الْمُبَرَّكَاتِ

أحكام التصرف في الديون دراسة فقهية مقارنة

تمهيد :

إن من أسباب استمرار الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان أن أودع فيها مُنزلها الحكيم الخبير كل ما تحتاج إليه البشرية من حلول لمشاكلهم الفكرية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، فقال الله تعالى: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ الْأَطِيفُ الْغَيِّرُ﴾^(١).

لذلك لم تحتاج هذه الشريعة طوال أكثر من أربعة عشر قرناً إلى أن تنقل قاعدة قانونية، أو مبدأً قانونياً من غيرها، بل استطاع الفقهاء المسلمين في كل عصر أن يستنبتوا من الشريعة نفسها الحلول الناجحة لكل مشكلة جدت على الرغم من اختلاف الحضارات وتعدد الشعوب والأقوام.

ولذلك نجد أمامنا تراثاً ضخماً من فقه النوازل لا يوجد أبداً لأية أمة أخرى وهو تراث غني مليء بالتجارب، والحلول الناجحة، صالح للاستفادة منه لجيئنا الحاضر، وللأجيال اللاحقة من خلال التقنية والاجتهاد الانتقائي للوصول إلى ما هو الراجح الذي يدعمه الدليل من الكتاب والسنّة ومقاصد الشريعة الغراء، ثم الاعتماد على الاجتهاد الإنساني فيما لا يوجد فيه قول من أقوال فقهائنا الكرام رضي الله عنهم... ولذلك لا نجد قضية من قضايا

(١) سورة الملك: الآية ١٤.

عصرنا إلا ونجد لها حكم الله تعالى إما نصاً أو دلالة، أو استنباطاً من المبادئ الكلية والقواعد العامة لهذه الشريعة.

ومن هذا المنطلق كان بحثنا حول التصرف في الديون بالبيع، ونحوه؛ حيث وجدنا أن النصوص الشرعية قد تناولت أحکامها، وأن فقهاءنا قد فصلوا القول فيها وأن ما استجد منها من أمور يمكن معرفة حكمه بوضوح من خلال المنهج السابق.

ومن هنا كان بحثنا حول التعريف بالدين لغة واصطلاحاً، وما ذكره الفقهاء حول الدين والعين بایجاز، وما يقابلهما في القانون. ثم تطرقنا إلى تقسيمات الدين، وخطورة الدين وأثاره السلبية وأسبابه. ثم ركزنا على أحکام التصرف في الديون، سائلًا الله تعالى أن يجعل أعمالي خالصة لوجهه الكريم، وأن يعصمني من الخطأ والزلل في العقيدة والقول والعمل، وأن أكون قد وفقت فيما أصبو إليه، إنه مولاي، فنعم المولى ونعم النصير.

التعريف بالدين لغة واصطلاحاً

الدَّين — بفتح الدال — لغة يطلق على ما له أجل، وأما الذي لا أجل له فيسمى بالقرض، وقد يطلق عليهما أيضاً، ويقال دنته. وأدنته، أي: أعطيته إلى أجل وأقرضته. وداینته، أي: أقرضته. وجمعه ديون، وأدين، واسم فاعله دائن، واسم مفعوله: مدين، ومديون عند «تميم» وأصل اشتقاقه ينبع عن الذل والخضوع، فهو من دان بمعنى خضع واستكان^(١).

وقد ورد لفظ الدين — بفتح الدال — في القرآن الكريم أكثر من مرة، بل إن أطول آية فيه هي آية الدين، قال تعالى: «يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَيَّنُ

(١) القاموس المحيط (٢٢٦/٣)، ولسان العرب (ص ١٤٦٧)، والمصباح المنير (٢٢٠/١).

يَدِين إِلَيْهِ أَجَلٌ مُسْمَى فَأَكْتَبْهُ^(١)

وقد فسره المفسرون بعدة تفسيرات، قال الشافعي: «يتحمل كل دين، ويتحمل السلف»^(٢).

وقال الطبرى: «إذا تباعتم أو اشتريتم به، أو تعاطيتم، أو أخذتم به إلى أجل مسمى.. وقد يدخل في ذلك القرض والسلم، وكل ما جاز فيه السلم مسمى أَجَلَ بيعه من الأموال بالأثمان المؤجلة، كل ذلك من الديون المؤجلة إلى أجل مسمى إذا كانت آجالها معلومة..»^(٣).

وقال الجصاص: «ينتظم سائر عقود المدaiنات التي تصح فيها الآجال» لكنه ذكر أن القرض وإن كان يُسمى ديناً إلا أنه لا يدخل في منطوق هذه الآية، لأنه في الديون المؤجلة.

فعلى هذا فالدين في الآية هو: «كل دين ثابت مؤجل سواء كان بدله عيناً أو ديناً»^(٤).

وقد ذكروا أيضاً أن ابن عباس قال: «نزلت هذه الآية في السلم خاصة»، لكنها تتناول جميع المدaiنات إجمالاً ولأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب^(٥).

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٢) أحكام القرآن للشافعي (١٣٧/١).

(٣) تفسير الطبرى، تحقيق الأستاذ شاكر، ط دار المعرفة (٤٣/٦).

(٤) أحكام القرآن للجصاص، ط دار الفكر، بيروت (٤٨٢/١ - ٤٨٤).

(٥) وراجع: تفسير ابن عطية، ط مؤسسة دار العلوم بالدوحة (٢/٥٠٠)، وأحكام القرآن للكبها الهراس (١/٣٦٤)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/٣٤٢)، وتقدير القرطبي، ط دار الكتب (٣/٣٧٧)، وزاد المسير في علم التفسير لابن القيم (١/٣٤٠)، والتحرير والتنوير للشيخ محمد الطاهر بن عاشور، ط دار التونسية (٣/٩٩).

وورد لفظ (الدّين) في السنة المشرفة بمعنى الدين الشامل لحقوق الله تعالى وحقوق العباد المتعلقة بالذمة، فقد قال النبي ﷺ في جواب الرجل الذي سأله عن قضاء صوم شهر عن أمه المتوفاة: «نعم فدين الله أحق أن يقضى»^(١).

وورد مثله في الحج حيث قال: «نعم حجي عنها، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته أقضوا الله، فالله أحق بالوفاء»^(٢).

وورد فيها بمعنى الدّين الخاص بالمال الذي ثبت في ذمة شخص لشخص آخر مثل قوله ﷺ حينما أتى بجنازة: «هل عليه من دين؟» قالوا: نعم^(٣).

وفي رواية قالوا: ثلاثة دنانير، فقال أبو قتادة: وعليّ دينه^(٤).

وأما الفقهاء فقد أطلقوا الدين على معنيين: معنى عام ومعنى خاص.

أحدهما: إطلاق عام على كل ما يجب في ذمة الإنسان بأي سبب من الأسباب سواء كان من حقوق الله تعالى، أو من حقوق العباد، وقد رأينا أنه بهذا المعنى قد ورد في السنة المشرفة أيضاً، ذكر الحافظ ابن حجر أن لفظ الدين يشمل كل حق ثبت في ذمة الشخص من حج وكمارة ونذر، وزكاة ونحوها^(٥).

(١) رواه البخاري في صحيحه - مع الفتح - كتاب الصوم (١٩٢/٤)، ومسلم في صحيحه (٨٠٤/٢).

(٢) رواه البخاري في صحيحه - مع الفتح - كتاب الحج (٦٤/٤).

(٣) رواه البخاري في صحيحه - مع الفتح - كتاب الكفالة (٤٧٤/٤).

(٤) المصدر السابق نفسه (٧٦٤/٤).

(٥) فتح الباري (٦٦/٤).

فعلى هذا يمكن تقسيم الدين إلى نوعين: دين الله تعالى ودين الآدمي.

والثاني: إطلاقه على ما يثبت في ذمة الإنسان بسبب عقد، أو استهلاك، أو استقراض، أو تحمل التزام، أو قرابة ومصاهرة^(١).

ولا يخفى أن هذا المعنى أخص من المعنى الأول إذ هو خاص بما ثبت من حقوق العباد في ذمة المدين، ومقابله العين، والعمل، والنفس قال الكاساني: «إن المكفول به أربعة أنواع: عين، ودين، ونفس، وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس»^(٢).

فعلى ضوء هذا يقسم محل الالتزامات إلى هذه الأنواع الأربعة، ولكننا لو دققنا النظر فيه لأمكن إرجاع الجميع إلى الدين والعين، إذ الفعل الملزם به داخل في الدين ما دمنا نحن فسراه بما ثبت في الذمة، لا بالمال فقط، وكذلك الالتزام بإحضار نفس، راجع إلى الحق المتعلق بالعين^(٣).

ويقابل هذين المصطلحين الشرعيين مصطلحان في القانون المدني هما: الحق الشخصي والحق العيني، فالحق الشخصي – ويسمى الالتزام

(١) يراجع: حاشية ابن عابدين على الدر المختار، ط دار الفكر (١٥٧/٥)، وفتح القدير مع شرح العناية على الهدایة (٤٣١/٥)، وكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي (٤/٢)، والممثور في القواعد للزرکشي (١٥٨/٢)، والقواعد لابن رجب (ص ٥٤)، والأسباب والنظائر للسيوطى (ص ٣٦٤)، وتبين الحقائق للزيلعى (٤/١٧١)، والبحر الرائق (٤٦/٦).

(٢) بدائع الصنائع (١٤١٥/٧).

(٣) المصادر السابقة، ويراجع في الدين والعين: د. السنهوري: مصادر الحق (٤٧/١)، ود. محمد زكي عبد البر: الدين والعين في الفقه الإسلامي، بحث في مجلة القانون والاقتصاد سنة ٤٣.

أيضاً - هو رابطة بين شخصين دائن ومدين - بمقتضها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أي بنقل ملكية شيء أو القيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل، وأما الحق العيني فهو سلطة يمنحها القانون لشخص على عين بالذات^(١)، ونحن لسنا بصدده الخوض في تفاصيل هذه المسألة إذ إن بحثنا معقود ببيان الديون المالية^(٢).

الأمر الأول: تقسيمات الدين

يقسم الدين باعتبار الزمن إلى حالٌ ومؤجل.

فالدين الحال هو ما يجب أداؤه عند طلب الدائن، ويقال له الدين المعدل أيضاً.

والدين المؤجل هو ما لا يجب أداؤه قبل حلول الأجل، لكن لو أدي قبله يصح، ويسقط عن ذمته^(٣).

وقد ذكر الزركشي أن الدين المؤجل يحل بموت المدين إلا في ثلاثة صور:

الأولى: المسلم إذا لزمه الديمة ولا مال له ولا عصبة تحمل عنه بيت المال، فلو مات أخذ من بيت المال مؤجلاً...

الثانية: إذا لزمه الديمة في الخطأ وشبه العمد العجاني وحده كما

(١) د. السنهوري: الوسيط (١٠٣/١)، ود. محمد زكي عبد البر: بحثه السابق (ص ٦)، ود. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط جامعة القاهرة ١٩٧٨ (ص ١١).

(٢) يراجع في تفصيل ذلك: المصادر السابقة.

(٣) المثار في القواعد للزركشي (٢/١٥٨).

لو اعترف وأنكرت العاقلة فإنها تؤخذ من الجاني مؤجلة، فلو مات هل تحل الدية؟ وجهان: أصحهما نعم.

الثالثة: ضمن ديناً مؤجلاً ومات الضامن يحل على الأصيل الدين على الأصح، ولو مات الأصيل حل الدين، ولم يحل على الضامن على الصحيح^(١).

و كذلك تحل الديون المؤجلة بالفلس عند جماعة من العلماء^(٢).

قال الزركشي: «ليس في الشريعة دين لا يكون إلا مؤجلاً إلا الكتابة والديّة، وليس فيها دين لا يكون إلا حالاً إلا في القرض^(٣)، ورأس مال السلم، وعقد الصرف، والربا في الذمة...»^(٤).

وأما الدين الحال فقد قال الإمام المتولي والإمام الروياني: إنه لا يتأجل إلا في مسألتين:

إحداهما: إذا قال صاحب الدين عند حلوله: الله علي أن لا أطالبه إلا بعد شهر لزم^(٥).

الثانية: إذا أوصى من له الدين الحال أن لا يطالب إلا بعد شهر فإنه تنفذ وصيته. وقيدها ابن الرفعة في المطلب بأن يكون في حدود الثالث.

وقد قسم التهانوي الدين إلى دين صحيح وهو الدين الثابت الذي

(١) المصدر السابق (١٥٨/٢ - ١٥٩).

(٢) منهم المالكية، والشافعية في أحد قوله، وأحمد في إحدى رواياته، انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٦٤/٣)، وشرح ابن ميار على تحفة الحكم (٤٨١/٤)، والروضة (٤/٢٨)، والمعنى لابن قدامة (٤/٤٤٠).

(٣) المنتشر في القواعد (١٥٩/٢).

(٤) وقد استشكلها الزركشي فراجع، المنتشر (٢/٢٦).

(٥) المصدر السابق.

لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كدين القرض ونحوه. وإلى دين غير صحيح وهو ما يسقط بغيرهما بسبب آخر مطلقاً مثل دين الكتابة فإنه يسقط بتعجيز العدد المكاتب نفسه^(١).

الأمر الثاني: خطورة الدين وأثاره السلبية

للديون آثار سلبية لا تقف عند الجانب الاقتصادي فقط، بل تتعداه إلى الجوانب السياسية والاجتماعية، وإلى نطاق العقيدة، والأخلاق، والحرية الشخصية.

فقد أشار رسولنا الكريم ﷺ إلى ذلك، حيث كان يستعيد من الدين مع استعادته من الكفر والإثم، والبخل، والهم والحزن، والعجز والكسيل، وغلبة الرجال، فقد روى أحمد في سنته أن النبي ﷺ كان يقول: «أعوذ بالله من الكفر والدين»^(٢) فلا شك أن في جمعهما معاً في استعادة واحدة إشارة إلى وجود نوع من الترابط والتلازم – وإن كان تلازمًا عادياً – بينهما فيما بين عامة الناس الذين لم يتزودوا بزاد التقوى، إذ الديون في الغالب دليل على الفقر وهو إن وجد في الإنسان قد يؤدي به إلى الزلات إن لم يكن قد رُبّي على الإيمان والقناعة والرضا.

وقد روى البخاري وغيره بسنده أن رسول الله ﷺ كان يقول في دعائه: «اللهم إني أعوذ بك من الهم والحزن، والعجز والكسيل، والجبن والبخل، وضلع الدين وغلبة الرجال»^(٣) فقد استعاد من ثمانية أشياء بينها

(١) كشاف اصطلاحات الفنون (٢/٣٥٥).

(٢) مسنـدـ أـحـمـدـ (٣/٢٧).

(٣) صحيح البخاري - مع الفتح - ط دار الطباعة بالقاهرة، كتاب الدعوات ١٥٥/٧)، مسنـدـ أـحـمـدـ (٢/١٧٣ - ٣/١٢٢).

ترتبط وثيقاً فالهم والحزن يؤديان إلى العجز والكسل، وهذا ما أثبته الطب الحديث، فقد أثبت أن نسبة كبيرة من أسباب الأمراض الخطيرة ترجع إلى القلق النفسي والهموم، والعكس أيضاً صحيحاً، حيث إن العجز والكسل يؤديان إلى الأحزان، فالعمل خير وسيلة لطرد الهموم وأن البطالة مكان خصب للمشاكل والغموم.

ثم إن الجبن والبخل يترتب عليهمما الهم والحزن، فالجبان خائف متربلاً لا يهداً له باله، ولا تسكن نفسه. لأنه يخاف من نفسه؛ وماليه، ويعيش في الخوف الذي يصبح له كابوساً يطارده فيحدث له الهم والحزن، وكذلك الأمر في البخل فهو ممسك ماله لخوفه عليه من الضياع والهلاك، فإذا أنفق شيئاً أو أجبر عليه، فقد لزمه الهموم ويتراكم عليه الخوف، فقد قيل: فالناس لخوف الفقر فقراء.

ثم أشار عليه السلام إلى الترابط بين ضلع الدين - أي شدته - وبين غلبة الرجال، وحقاً إنها مترابطة في الغالب، ويترتب الثاني على الأول، كما أن الدين يأتي في الغالب نتيجة للعجز والكسل والهم والحزن.

ثم إن نفس المؤمن المدين معلقة بدينه في يوم القيمة حتى يقضى عنه، بل إن (القتل في سبيل الله يكفر كل شيء إلا الدين)^(١).

وبالإضافة إلى ذلك فإن للدين آثاراً سلبية في نطاق الأخلاق والمجتمع والسياسة، فقد أشار الرسول عليه السلام إلى خطورة الدين على الأخلاق والسلوك، فقد روى الشیخان وغيرهما بسندهم عن عائشة قالت: «كان رسول الله عليه السلام يدعوا في الصلاة فيقول «اللهم إني أعود بك من المأثم

(١) رواه مسلم في صحيحه مرفوعاً، كتاب الإمارة (١٥٠٢/٣)، وأحمد في مسنده (٢٢٠/٢).

والغمرم» قالت: فقال له قائل: ما أكثر ما تستعيد من المغمرم! قال: «إن الرجل إذا غرم حدث فكذب، ووعد فأخلف»^(١).

بالإضافة إلى أنه قد يسلك سبلاً ملتوية في سبيل الحصول على المال، ولا سيما إذا رأى بجنبه الأغنياء المترفين وقد قيل قديماً: إن صوت المعدة لا تنكر قوته^(٢).

وفي نطاق السياسة كان للديون آثارها الكبيرة في تبرير المستعمر احتلاله لبعض البلدان، أو كان يحقق أغراضه من خلالها فيعبر نحوها عبر شركاتها الاحتكارية، فقد كانت الشركات الشرقية البريطانية هي التي مهدت لاحتلال الهند، كما أن للديون المتراكمة على الخلافة العثمانية آثاراً خطيرة في إسقاطها^(٣)، ولا تزال كثرة الديون وتراكمها على بعض الدول الإسلامية لها آثاراً خطيرة على قراراتها السياسية، حيث غلت يداتها عما تريدها حقاً.

الأمر الثالث: أسباب الديون وتفاقمها

توجد للديون أسباب مباشرة، وغير مباشرة، فال الأولى هي ما يسميه الفقه الإسلامي بالسبب الشرعي، حيث سمي العقد مثلاً سبباً لترتب آثاره، ويسميه الفقه الوضعي بمصادر الالتزام، والثانية هي التي تكون وراء العقد، أو الضمان، فمثلاً: إن السبب غير المباشر للقرض هو الحاجة إلى المال التي تدفع صاحبها إلى الاستقرار وهذا.

(١) صحيح البخاري كتاب الاستقرار (٥٤/٥)، ومسلم كتاب المساجد (١٢/١)، والسنن الكبرى للبيهقي (٣٥٦/٥).

(٢) الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوي مشكلة الفقر وكيف عالجها الإسلام (ص ٤).

(٣) انظر: مذكرات السلطان عبد الحميد، ترجمة وتعليق د. محمد حرب في دار الهلال (ص ٣٣).

إذن فالأسباب المباشرة للديون هي :

١ - العقود التي تترتب عليها التزامات مالية في ذمة الإنسان، وهي تشمل عقد البيع، والقرض، والنكاح وغيرها ولا شك أن القرض هو أهم أسباب الديون.

٢ - التصرف الانفرادي كالنذر ونحوه.

٣ - الإتلاف حيث هو سبب لثبت ما ضمن به من المتفقات، والديات في ذمة المتفق.

٤ - الكفالة وتحمل الحمالة والالتزامات عن الناس.

٥ - القرابة والمصاهرة حيث جعلها الشرع سببين لثبت النفقة على تفصيل فيها.

وأسباب الديون غير المباشرة^(١) :

إذا كانت تلك الأمور السابقة أسباباً مباشرة للديون، فإن وراء هذه الأسباب أسباباً أخرى غير مباشرة، فإذا كان القرض هو السبب الشرعي للدين ومصدره، فإن الحاجة هي السبب للاستقراض، وكذلك الأمر بالنسبة للضمان، فالإتلاف هو السبب للضمان الذي يترتب عليه دين في الذمة وهذا.

فلمما كان السبب الرئيسي في الديون هو القرض؛ فإن الحاجة هي السبب الرئيسي له، ولذلك سنلقي بصيحاً من الضوء على الحاجة وأسبابها.

فجاجة الفرد إلى النقود - أو الأعيان لأي غرض من الأغراض - تدفعه إلى الاستقراض أو تجعله غير قادر على أداء ما عليه، بحيث لا يتتوفر

(١) يراجع: بدائع الصنائع (٥/٥ - ٢١٩٦ - ٢٢٤٨)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٥٠٨)، والروضة (٩/٤٠)، والكافي (٣٥٤/٣).

عنه مال، أو عنده ولكنه لا يكفي لتلبية متطلباته المشروعة أو غير المشروعة، فقد يكون الشخص له مال ولكنه لجشعه يستدين ليأكل أموال الناس بالباطل، وهذا الصنف الأخير لا يمثل الشريحة العريضة للمجتمع. إذن فالسبب الغالب هو الحاجة إلى المال، وهو يعود سببها بایجاز إلى الأمور التالية:

- ١ - الكسل حتى تأكل نفقاته أمواله فيحتاج إلى الاستدانة.
- ٢ - عدم الاتساب، أو يكتسب لكنه بشكل لا يفي بحاجاته أو متطلباته؛ وذلك بأن يعمل في نطاق عمل لا يستطيع الإجادة فيه فيخسر أو لا يربح، وبعبارة أخرى لا يشتغل بعمل يناسب طاقاته الخاصة ومهاراته البدنية أو الفكرية أو لا يقوم بالتمير والاستثمار في أمواله، أو يقوم به ولكن مع عدم وضع خطة دقيقة، وإسناد الأمر إلى غير أهله لا ينجح المشروع.
- ٣ - الإسراف حتى وإن كان في المباحثات، والقاعدة الفقهية الحاكمة في هذه المسألة هي البدء بالضروريات، ثم الحاجيات، ثم المحسنات مع عدم الإسراف فيها.
- ٤ - عدم العدالة في توزيع الثروات، أي وجود ظلم اجتماعي، وطفح نظام الطبقات كما هو الحال في النظام الرأسمالي، أو كبت الحرية الشخصية، وإزالة الملكية الفردية، وعدم وجود المنافسة المشروعة فيما بين الأفراد كما هو الحال في النظام الاشتراكي، أو سوء التخطيط والإدارة والتنظيم والاستبداد والمظالم كما هو الحال في دول العالم الثالث.
- ٥ - تكاليف المعيشة الباهظة لأي سبب كان، وهذا السبب ناتج من السببين السابقين.
- ٦ - كارثة تلحق به فتحوجه إلى الاستدانة. وهذا استثناء، كما أن على الدولة أن تقوم بواجبها نحو هؤلاء.

ويمكن أن نوجز هذه الأسباب كلها في عدم التزام الفرد والمجتمع بمنهج الله سواء من حيث الاكتساب والإنفاق، أو من حيث طريقة التسخير والاستثمار أو من حيث توزيع الثروة والتوازن المطلوب، أو من حيث الغاية والهدف من المال.

وأما أسباب تفاقم الديون وتضخمها وتضاعفها: فتعود إلى الربا – أي الفوائد التي توضع على الدين نظير الأجل^(١) – فالديون الاستهلاكية تتضاعف عليها الفوائد الربوية دون حصول على ربح للمدين حتى تصل إلى حالة قد يعجز عن أدائها، قال تعالى: «يَتَأْكُلُونَ أَرْبَوْا أَضَعُكُمْ بَعْدَهُمْ...»^(٢)

وأما الديون التجارية: فيعود سبب تفاقمها إلى شيئين أولهما: الربا، والثاني: عدم قيامه باستثمارها على الوجه المطلوب، حتى يؤدي إلى أرباح تستغرق الفائدة الربوية ومتطلبات المعيشة، وفي نظر المسلم أن السبب الأول هو الأساس وأنه وحده يكفي حيث لا توجد البركة في المال المرابي قال تعالى: «يَمْحُقُ اللَّهُ أَرْبَوْا وَيُرِيُ الصَّدَقَاتِ»^(٣).

والواقع أيضاً يؤيد ذلك، حيث ثبت للعالم اليوم أن النظام الربوي لا يخدم سوى حفنة من المرابين الذين يعيشون على سحق البشرية لصالحهم، فإلى هؤلاء يرجع جهد البشرية كلها، وكدها وعرق جبينها؛ فهم الرباحون الذين لهم الضمان الكامل لأموالهم مع فوائدها في حين يكون الشخص المدين معرضاً للربح والخسارة، فعلى ضوء نظرية الاحتمال

(١) يراجع: أحكام القرآن للجصاص (٤٦٤/١)، وأحكام القرآن لابن العربي (٣٤٢/١)، والأستاذ المودودي كتابه عن الربا.

(٢) سورة آل عمران: الآية ١٣٠.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٦.

تتجمع الأموال في النهاية في يد من يربح دائمًا^(١).

ومن هنا أجمعت الشرائع جميعاً^(٢) وأصحاب العقول السليمة على حرمة الربا، وإن كان اليهود قد حرفوا التوراة في هذه المسألة أيضاً وحصروا حرمتها بالنسبة لليهودي فقط، وهذا مبني على نظرتهم العنصرية بأنهم شعب الله المختار^(٣).

الأمر الرابع: أحكام التصرف في الديون

يمكن أن ترد على الديون تصرفات كثيرة، نذكر هنا أهمها:

بيع الدين بالدين إذا لم يكونا نسيئين :

فالتحقيق^(٤) أن الممنوع منه هو بيع الدين النسيئ بالدين النسيئ، لأن الإجماع على منع (الكاليء بالكاليء) وهو كما فسره علماء اللغة وغريب الأحاديث بيع النسيئة بالنسيئة، وهي التأخير^(٥)، قال البيهقي: قال أبو عبيدة: «هو النسيئة بالنسيئة»^(٦).

وأما الفقهاء فقد اختلفوا في تفسيره اختلافاً كبيراً، أثر في وجهات نظرهم في حكمه، لكن المجمع عليه هو ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية،

(١) في ظلال القرآن (٤٦٩/١)، والأستاذ سعيد: بحثه السابق (ص ٣٩).

(٢) المصادر السابقة، وسيأتي لذلك المزيد من البحث في المبحث الخاص بالعلاج في هذا البحث.

(٣) يراجع: التوراة، الإصلاح ٢٣ من سفر التثنية، والمصادر السابقة.

(٤) قام الأخ الدكتور نزيه حماد بتحقيق هذه المسألة، وأجاد فيها فليراجع كتابه: دراسات في أصول المذاهب، ط دار الفاروق (ص ٢٤٢ وما بعدها).

(٥) يراجع: لسان العرب مادة كلاماً، وغريب الحديث لأبي عبيد (٢١/٢٠).

(٦) السنن الكبرى (٥/٢٩٠).

حيث قال: «قال أَحْمَدُ: لَمْ يَصُحُّ مِنْهُ – أَيُّ فِي النَّهْيِ عَنْ بَيعِ الْكَالَىِءِ بِالْكَالَىِءِ – حَدِيثٌ، وَلَكِنْ هُوَ إِجْمَاعٌ، وَهَذَا مِثْلُ أَنْ يُسْلَفَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مَؤْجَلٌ، فَهَذَا الَّذِي لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ»^(١) ثُمَّ قَالَ ابْنُ تِيمِيَّةَ: «وَإِذَا كَانَ الْعَمَدةُ فِي هَذَا الْإِجْمَاعِ، وَالْإِجْمَاعُ إِنَّمَا هُوَ فِي الدِّينِ الْوَاجِبِ بِالدِّينِ الْوَاجِبِ كَالْسَّلْفِ الْمُؤْجَلِ مِنَ الْطَّرْفَيْنِ»^(٢).

لَذِكَّ أَخْرَجَ ابْنُ تِيمِيَّةَ بَيعَ مَا هُوَ ثَابِتٌ فِي الْذَّمَةِ؛ لِيُسْقَطَ بِمَا هُوَ فِي الْذَّمَةِ – عَنْ صُورِ الْكَالَىِءِ بِالْكَالَىِءِ، فَقَالَ: «لَيْسَ فِي تَحْرِيمِهِ نَصٌّ وَلَا إِجْمَاعٌ وَلَا قِيَاسٌ، فَإِنْ كَلَّا مِنْهُمَا اشْتَرَى مَا فِي ذَمَتِهِ، وَهُوَ مَقْبُولٌ بِمَا فِي ذَمَةِ الْآخَرِ»^(٣).

وَلَكِنْ فِي حَصْرِ صُورِ بَيعِ الْكَالَىِءِ بِالْكَالَىِءِ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ نَظَرٌ^(٤). غَيْرُ أَنَّ الْحَرَمَةَ الْمُتَفَقُ عَلَيْهَا تَحْصُرُ عِنْدَ التَّحْقِيقِ فِي بَيعِ الدِّينِ النَّسِيِّءِ بِالدِّينِ النَّسِيِّءِ.

وَيُمْكِنُ إِلِسْتِفَادَةُ مِنْ بَيعِ الدِّينِ بِالدِّينِ فِي سُوقِ الْمَالِ مَا دَامَا غَيْرُ نَسِيَّيْنِ فِيمَا يَأْتِيُ:

أُولَأَّ: بَيعُ الْدِيَوْنِ لِمَنْ هُوَ عَلَيْهِ، جَاءَ فِي الْمَهْذَبِ: «وَأَمَّا الْدِيَوْنُ فَيُنْظَرُ فِيهَا، فَإِنْ كَانَ الْمَلْكُ عَلَيْهِ مُسْتَقْرًّا كَغَرَامَةِ الْمُتَلَفِّ، وَبِدَلِّ الْعَوْرَضِ جَازَ بَيعُه مِنْ عَلَيْهِ قَبْلَ الْقِبْضِ، لِأَنَّ مَلْكَهُ مُسْتَقْرَرٌ عَلَيْهِ فَجَازَ بَيعُه كَالْمَبْيَعِ بَعْدَ الْقِبْضِ»^(٥).

(١) قاعدة العقود – التي طبعت باسم نظرية العقد – ط دار المعرفة (ص ٢٣٤ – ٢٣٥).

(٢) نفس المصدر السابق.

(٣) نفس المصدر السابق.

(٤) د. نزيه حماد: المرجع السابق (ص ٢٤٥).

(٥) المهدب وشرحه المجموع (٩/٢٧٢).

والمراد باستقرار الدين بأن سببه قد تحقق فعلاً، وأمن من الفسخ كتسليم المبيع، أو يتحقق الوطء في المهر، أو نحو ذلك كغرامة المخالف، وببدل العوض، وقيمة المغصوب، وعوض الخلع، وثمن المبيع، والأجرة بعد إستيفاء النفعة، والمهر بعد الدخول^(١).

ويسمى هذا النوع أيضاً بالاستبدال، والاعتراض، وهو جائز في جميع الديون المستقرة بالاتفاق، والثانية ما عدا دين السلم عند الجمهور – كما سبق –^(٢).

ولكن يشترط في بيع الدين بالدين – لمن هو عليه – ملاحظة قواعد الصرف، بحيث لو باع دينه الذي كان نقوداً بالنقود يشترط فيه التقادم في المجلس، ويدل على ذلك حديث ابن عمر في هذا الباب – ولكن إذا لم يكن من باب الصرف فيجوز البيع بالتأجيل وغيره كبيع الدين بالعين، أو بالعكس^(٣).

وهذا الحل يفيد كثيراً في تصفية الديون بين الناس، وفي المصارفة في الذمة دون الحاجة إلى القبض الفعلي، وذلك بأن يكون لرجل دنانير في ذمة رجل آخر، ولآخر عليه ريالات فاضطرفا بما في ذمتهم جاز عند الأكثر،

(١) المنشور في القواعد للزركشي، ط وزارة الأوقاف الكويتية (١٥٩/٢ - ١٦٠)، والأشباء والنظائر للسيوطني (ص ٣٥١) ود. نزيه حماد: أصول المدائع (ص ٤٧).

(٢) يراجع: حاشية ابن عابدين (٤/١٦٦)، والمدونة (٤/٨٠)، والمجموع للنوري (٩/٢٧٤)، والمغني لابن قدامة (٤/٥٣)، وقال النوري في المجموع (٩/٢٧٤): «فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف، كما لو كان له في يد غيره مال بغضب، أو عارية فإنه يجوز بيعه له».

(٣) فتح العزيز (٨/٤٣٦)، والمجموع (٩/٢٧٤).

منهم: المالكية، والحنفية. أما اقتضاء أحد النظرين من الآخر ويكون صرفاً بعين، وذمة فهو جائز في قول أكثر أهل العلم، لحديث ابن عمر^(١). وذكر ابن القيم أن مسألة التناقض فيها غرض صحيح ومنفعة مطلوبة، لأن ذمتهمما ثبت أمن أسرها، وهي مطلوبة للشرع والعاقدين^(٢).

جعل الدين الحال رأس مال في السلم:

وهذه المسألة نقل فيها الإجماع على عدم جوازه بناءً على أنه داخل في بيع الكالىء بالكالىء^(٣).

غير أن شيخ الإسلام ابن تيمية، والعلامة ابن القيم بینا أنه لا إجماع فيها، بل هي جائزة، قال ابن القيم: «وأما بيع الواجب بالساقط فكما لو أسلم إليه في كر حنطة بعشرة دراهم في ذمته فقد وجب له عليه دين، وسقط له عند دين غيره، وقد حكى الإجماع على امتناع هذا، ولا إجماع فيه، قاله شيخنا واختار جوازه، وهو الصواب، إذ لا محدود فيه، وليس بيع كالىء بكالىء فيتناوله النهي بلفظه، ولا في معناه فيتناوله بعموم المعنى، فإن المنهي عنه قد اشتغلت فيه الذمتان بغير فائدة، فإنه لم يتعجل أحدهما ما يأخذة فينتفع بتعجيله، وينتفع صاحب المؤخر بربحه، بل كلاهما اشتغلت ذمته بغير فائدة، وأما ما عداه من الصور الثلاث فلكل منها غرض صحيح ومنفعة مطلوبة»^(٤).

(١) يراجع: بدائع الصنائع (٧/٣١٥٥)، ومجموع الفتوى (٤٧٢/٢٩)، والمغني لابن قدامة (٤/٥٣٠ - ٥٤٠)، ود. نزيه حماد (ص ١٤٦).

(٢) إعلام الموقعين، ط شقرنون (٢/٨ - ٩).

(٣) جاء في المغني (٤/٣٢٩ - ٣٣٠): «إِذَا كَانَ لَهُ فِي ذَمَّةِ رَجُلٍ دِينَارًا فَجَعَلَهُ سَلْمًا فِي طَعَامٍ إِلَى أَجْلٍ لَمْ يَصُحُّ، قَالَ أَبْنُ الْمَنْذِرِ: أَجْمَعَ عَلَى هَذَا كُلُّ مَنْ أَحْفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . . . لِأَنَّهُ بِعِدَّ دِينَارٍ».

(٤) اعلام الموقعين (٢/٨).

بيع الساقط بالواجب :

هذا مصطلح استعمله ابن القيم في تقسيم بيع الدين بالدين وأجازه، فقال: والساقط بالواجب كما لو باعه ديناً له في ذمته بدين آخر من غير جنسه فسقط الدين المبيع ووجب عوضه، وهي بيع الدين ممن هو في ذمته.

ثم بين فائدة هذا النوع للطرفين^(١).

لكن الفقهاء الذين أجازوا هذا النوع – وهم الحنفية، والحنابلة، ووجه للشافعية – اشترطوا الصحة بيع الدين ممن هو عليه بشيء موصوف في الذمة أن يقبض الدائن العوض قبل التفرق من المجلس حتى لا يقع في المنهي عنه من بيع الكالىء بالكالىء^(٢).

هذا كله في الديون المستقرة، أما الديون التي لم يستقر ملك الدائن عليها لعدم قبض المدين العوض المقابل لها كالأجرة قبل استيفاء المنفعة، أو مضي زمانها، وكالمهر قبل الدخول، فهذه الديون اختلف الفقهاء^(٣) في جواز تملיקها ممن هي عليه بعوض، والذي يظهر رجحانه هو جواز ذلك كما سبق في السلم.

تمليك الدين لغير المدين :

لَخَصِّ الإِمَامُ الرَّافِعِيُّ وَالنُّوْوِيُّ هَذَا الْمَوْضِعَ تَلْخِيَصًا طَيِّبًا نَذْكُرُهُ ثُمَّ نَذْكُرُ آرَاءَ الْفُقَهَاءِ فِيهِ وَهُوَ :

(١) المرجع السابق (٢/٨ - ٩).

(٢) بدائع الصنائع (٧/٣٢٣٠)، وكشاف القناع (٣/٢٩٤)، والمجموع (٩/٢٧٤)، ود. نزيه حماد: المرجع السابق (ص ١٤٨).

(٣) نفس المصدر السابق.

الذين في الذمة ثلاثة أضرب: مثمن، وثمن، ولا مثمن ولا ثمن^(١).

الضرب الأول: المثمن – وهو المسلم فيه فلا يجوز بيعه، ولا الاستبدال عنه. وهل تجوز الحالة به أو عليه؟ فيه ثلاثة أوجه.

الضرب الثاني: الثمن: فإذا باع بدراهم أو دنانير في الذمة ففي الاستبدال عنها طريقان: أحدهما القطع بالجواز. قاله القاضي أبو حامد وابن قطان. وأشهرهما على قولين: أصحهما وهو الجديد جوازه، والقديم منعه.

ولو باع في الذمة بغير الدرهم والدنانير فإن قلنا: الثمن ما ألصقت به الباء صح الاستبدال عنه كالنقددين، وادعى البغوي أنه المذهب وإلا فلا، لأن ما ثبت في الذمة مثمناً لم يجز الاستبدال عنه.

وأما الأجرة فكالثمن، وأما الصداق وبدل الخلع فكذلك إن قلنا: أنهما مضمونان ضمان العقد، وإلا فهما كبدل للاتفاق.

الضرب الثالث: ما ليس ثمناً ولا مثمناً كدين القرض، والإتفاق فيجوز الإستبدال عنه بلا خلاف كما لو كان له في يد غيره مال بغضبه، أو عارية فإنه يجوز بيعه له^(٢).

(١) ذكر الرافعي في الفتح (٤٣١/٨)، والنwoي في المجموع (٩/٢٧٣) أن حقيقة الثمن مختلف فيها على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه ما ألصق به الباء كقولك: بعت كذا بكذا، فالأول مثمن، والثاني ثمن. وهذا قول القفال. والثاني: أن الثمن هو النقد فقط. والثالث: أن الثمن هو النقد، والمثمن ما يقابلها، فإن لم يكن في العقد نقد، أو كان العوضان نقدان فالثمن ما دخلت عليه الباء، والمثمن ما يقابلها. ورجح الرافعي والنwoي الوجه الثالث.

(٢) نقلنا النص عنهما مع اختصار، فتح العزيز (٤٢١—٤٣٩/٨)، والمجموع (٩/٢٧٣—٢٧٥).

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة آراء :

الرأي الأول: جواز تملك الدين بعوض وبغير عوض لغير المدين.

وهذا وجه للشافعية، ورواية للحنابلة^(١).

الرأي الثاني: عدم جواز تملك الدين لغير من هو عليه بعوض أو بغير عوض. وهذا رأي الحنفية، والشافعية في قول، والحنابلة في رواية، والظاهرية^(٢). غير أن الحنفية استثنوا بعض الحالات، منها: الوصية^(٣).

الرأي الثالث: جواز بيع سائر الديون ما عدا دين السلم لغير من عليه الدين أيضاً. وهذا قول للشافعية صصحه جماعة من أنتمهم الشيرازي، والنwoي واختاره السبكي، والقاضي زكريا الأنصاري^(٤). قال النwoي: «أما بيعه لغيره كمن له على إنسان مائة فاشترى من آخر عبداً بتلك المائة فلا يصح على الأظهر... وعلى الثاني: يصح... قلت: الأظهر الصحة، والله أعلم»^(٥).

الرأي الرابع: جواز بيع الدين لغير المدين إذا لم يكن فيه غرر، أو محظوظ شرعي آخر، جاء في شرح الخرشي: «والمعنى أن الدين ولو

(١) المنشور في القواعد للزركشي (٢/١٦٠)، والمبدع (٤/١٩٩)، ومجموع الفتاوى (٢٩/٥٠٦).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/١٦٦)، وبدائع الصنائع (٧/٣١٠٤)، والروضة (٣/٥١٤)، والأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٣٣١)، والمحلبي لابن حزم (٩/٦)، (١١٧).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤/١١٦)، ويراجع للمزيد د. نزيه حماد: المرجع السابق (ص ١٥٨).

(٤) المهدب مع المجموع (٩/٢٧٥)، والروضة (٣/٥١٤)، والأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٣٣١).

(٥) الروضة (٣/٥١٤).

حالاً لا يجوز بيعه بدين، قال المؤلف: ولا بد من تقدم عمارة الذامتين، أو إدراهما، ويتصور في ثلاثة كمن له دين على شخص فيبيعه من ثالث بدين، وفي أربعة كمن له دين على إنسان، ولثالث دين على رابع فيبيع كل ما يملك من الدين بمال صاحبه من الدين... ولا يتصور بيع الدين بالدين في أقل من ثلاثة».

ثم قال: «وفهم من قوله (بدين) عدم منع بيع الدين بمعين يتأنّى قبضه، أو بمنافع معين... ولا يجوز للشخص بيع ما له على الغير من دين سواء كان حياً أو ميتاً ولو علم المشتري تركته، لأن المشتري لا يدري ما يحصل له بتقدير دين آخر إلا أن يكون من هو عليه حاضراً بالبلد مقرراً، والذين مما يباع قبل قبضه لا طعاماً من بيع، وبيع من غير جنسه، وليس ذهباً بفضة، ولا عكسه، وأن لا يكون بين المشتري والمدين عداوة، وأن لا يقصد المشتري إعانت المدين، وأما إن لم يقر فلا يجوز لأنه من شراء ما فيه خصومة»^(١).

والذي يظهر لنا رجحانه هو أن بيع الدين بالعين لمن هو عليه ولغيره جائز مع ملاحظة قواعد الصرف، وببيع الطعام، وكون الدين ثابتاً مقدوراً عليه يمكن تسليمه بالفعل، أو عن طريق المصارفة في الذمة، وأن لا يكون فيه محظوظ شرعاً آخر من جهالة فاحشة، وغرر ونحو ذلك. وذلك لأن الدين مال ثابت في الذمة فيجوز أن يكون أحد العوضين في العقد، والممنوع هو بيع الدين المؤجل بالدين المؤجل فقط، لأنه هو الذي ورد فيه النهي، وعليه انعقد الإجماع. والله أعلم.

(١) شرح الخرشفي على المختصر مع حاشية العدو (٥/٧٧ - ٧٨).

الصلح عن دين بدين :

هذا له عدة صور :

منها: أن يتصالح الدائن مع مدينه بأن يكون للمدين أيضًا دين آخر عليه من نفس جنسه، فيتصالحان بما في ذمتهم سواء كان ما في ذمتهم متساوين أم لا، وهذا بمثابة إسقاط من الطرفين، وإبراء، وتخارج.

ومنها: أن يتصالح الدائن مع مدينه في الذمة، وذلك بأن يصالحه على موصوف في الذمة من غير جنسه، «كأن يصالحه عن دينار في ذمته بأربض من قمح، أو نحوه في الذمة»^(١) فهذا الصلح صحيح عند جمهور الفقهاء—الحنفية والمالكية، والحنابلة—إذا تم قبض البدل في المجلس قبل التفرق^(٢).

وذهب الشافعية إلى أنه يشترط تعيين بدل الصلح في المجلس، ولا يشترط القبض في المجلس على أصح الوجهين^(٣).

أما إذا كان بدل الصلح ليس في الذمة فيجوز مع تفصيل، ذكره النوري حيث قال:

«وأما إذا كان صالح الدائن على دينه عن بعض الأموال التي يقع فيها الربا على ما يوافقه في العلة فلا بد من قبض العوض في المجلس، فإن لم يكن العوضان ربيوين، فإن كان العوض عيناً صحيحاً الصلح ولا يشترط قبضه في المجلس»^(٤).

(١) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد، الماده (١٦٢٨).

(٢) تبيين الحقائق (٤٢/٥)، والتاج والإكليل للمواف (٨١/٥)، والمغني (٥٣٤/٤)، ويراجع لمزيد من التفصيل د. نزيه حماد: المرجع السابق (ص ٢٦٠).

(٣) روضة الطالبين (٤/١٩٥) حيث قال: « وإن كان ديناً صحيحاً على الأصح، ولكن يشترط التعيين في المجلس، ولا يشترط القبض بعد التعيين على الأصح».

(٤) الروضة (٤/١٩٥).

المقاصة :

حيث فصل الفقهاء فيها ولا سيما المالكية، وقالوا: إنها «إسقاط ما لَكَ من دين على غريمك في نظير ما لَه عليك بشرطه»^(١)، أي بشرط الإسقاط.

والمقاصة قد تكون جائزة، وقد تكون واجبة، والغالب عليها الجواز، ووجوبها في ثلات أحوال وهي: «إذا حل الدينان، أو اتفقا أجالاً، أو طلبها من حل دينه فإن المذهب وجوب الحكم بها»^(٢).

وقد فصل علماء المالكية تفصيلاً للحالات التي يمكن أن تقع فيها المقاصة فبلغت ثمانين وأربعين حالة، لخصها الدردير فقال: «واعلم أن الدينين إما من بيع، أو من قرض، أو مختلفين، وفي كل إما أن يكوننا عيناً، أو طعاماً، أو عرضاً»، قال الدسوقي: «فهذه تسعه أحوال، وفي كل إما أن يكون الدينان حالين، أو أحدهما حالاً، والآخر مؤجلاً، أو يكونا مؤجلين متفقين في الأجل، أو مختلفين فيه، فالجملة ست وثلاثون حالة»، وعلق الشيخ محمد عليش على ذلك فقال: «بل ثمانية وأربعون حالة، أسقط المحشى منها اثنى عشرة صورة اختلافهما قدرًا وصفة، وحكمها حكم صور اختلاف القدر فقط»^(٣).

التصرُّف في دين السَّلَم :

السلم كما هو معروف بيع شيء موصوف في الذمة إلى أجل معلوم

(١) الشرح الكبير (٣/٢٢٧).

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير، مع حاشية الدسوقي، وتقديرات الشيخ محمد عليش على الشرح، والحاشية (٣/٢٢٧) فتجد فيها هذه الصور (من ص ٢٢٧ إلى ٢٣١).

بثمن معجل، أو أنه عقد على موصوف في الذمة، ويجوز أن يكون الثمن نقداً أو غيرها، والمسلم فيه أي شيء يمكن ضبطه عن طريق الوصف، ويشترط فيه تعجيل الثمن في مجلس العقد عند الجمهور، وعدم تأخيره أكثر من ثلاثة أيام عند المالكية^(١)، وأن يكون الأجل معلوماً إما تحديداً، أو حسب العرف كالحصاد والجذاد، والمقدار محدداً وزناً أو كيلاً، أو عدداً، أو ذرعًا، وأن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها، وأن يكون مقدور التسليم عليه عند الحلول.

والسلم يمكن أن يكون في جميع السلع والمعادن، والحيوان والبضائع، وحتى في المنافع عند جماعة من الفقهاء، كما أنه يمكن تجزئة تسليم المسلم فيه على أوقات متفرقة معلومة، وأيضاً يمكن أن يكون سلماً حالاً، أو مؤجلاً، وكذلك يمكن أن يكون رأس مال المسلم نقداً، أو سلعة أو طعاماً، أو حيواناً، أو نحو ذلك^(٢).

والمقصود أن دائرة عقد السلم واسعة تسع كثيراً من الأمور، ولذلك يمكن الإفادة منه في سوق المال الإسلامية إفادة كبيرة، باعتباره عقداً فيه مرونة كبيرة، ويتحقق كثيراً من مصالح المجتمع، ومنافع للعاقدين، ولا سيما لمن لم يكن لديه السيولة، أو لديه الأعيان في المستقبل، أو هو قادر على توفيرها في الوقت المحدد.

(١) يراجع لتفصيله: فتح الديار، ط مصطفى بالقاهرة (٦٩/٧)، وحاشية ابن عابدين، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت (٤/٢٠٣)، والمدونة، ط السعادة، مصر ١٣٢٣هـ (٤/٢٠٠)، والمقدمات والممهدات، ط دار الغرب الإسلامي (٢/١٩)، والأم، ط دار المعرفة – بيروت (٣/٨٩)، والغاية القصوى، ط دار الاعتصام (١/٤٩٣)، والروضة، ط المكتب الإسلامي (٤/٣)، والمحلبي لابن حزم (٤٥/١٠)، والمعنى (٤/٣ – ٤).

(٢) المصادر السابقة، ويراجع: الغاية القصوى (١/٤٩٤)، والمعنى (٤/٣٠٤).

كما أن تداول عقود السلم يؤدي إلى نوع من الضمان، والتشجيع على الإنتاج المستقبلي في الزراعة والصناعة ونحوهما. ففيه فائدة للمسلم (البائع) حيث يستفيد من السيولة المتحققة لديه لإنتاج الزراعي، أو الصناعي، أو التجارة، كما أن المسلم إليه (المشتري) يستفيد من تصريف نقوده وتدويرها واستثمار فائض أمواله من خلال رخص الثمن، وتحقيق الأرباح.

وإدارة سوق المال يمكن الإفادة منها من خلال تداول عقود السلم، وصكوكه، والسمسرة فيها ونحو ذلك.

التصرفات في المسلم فيه

تصرفات المسلم إليه في المسلم فيه إما أن تكون بعد القبض، أو قبله، ولذلك تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: التصرف في المسلم فيه بعد القبض:

فللمسلم إليه (المشتري) بعد قبض المسلم فيه (حسب العرف)⁽¹⁾ جميع التصرفات المشروعة من بيع عاجل، وأجل، ومرابحة، ومشاركة، وتوالية، وتأجير، ورهن ونحو ذلك بدون خلاف، لأنه دخل في ملكه التام.

النوع الثاني: التصرف في المسلم فيه قبل القبض:

هذه المسألة تحتاج إلى تفصيل لأنها تحتمل عدة احتمالات:

الاحتمال الأول: التصرف فيه عن طريق الاعتياض عنه ممن عليه السلم.

(1) يراجع قرار مجمع الفقه الإسلامي الموقر في تحديد القبض في دورته السادسة، وبحثنا عن القبض وصوره المعاصرة المقدم إلى تلك الدورة.

الاحتمال الثاني: بيع المسلم فيه لشخص آخر.

الاحتمال الثالث: التصرف في المسلم فيه بالمشاركة، والحوالة، والتوالية، ونحو ذلك.

الاحتمال الرابع: أن ينفسخ عقد السلم بالإقالة أو نحوها، فهل يجوز أن يصرف الثمن في عوض آخر غير المسلم فيه؟

ومجمع الفقه الإسلامي تحدث في قراره في دورته السابعة عن حالة واحدة وهي: «عدم جواز بيع السلعة المشتراة قبل قبضها» لذلك أرى إعادة الموضوع بكامله وطرحه على بساط البحث والمناقشة للوصول إلى رؤية شاملة واضحة.

وهأنذا أعرض هذا الموضوع بجميع جوانبه واحتمالاته، وما ثار فيه من خلاف، وما نراه راجحاً على ضوء ما يأتي:

الاحتمال الأول:

«الاعتياض عن المسلم فيه من المسلم نفسه عند حلول الأجل»: وقد فصل شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم رحمهما الله في هذه المسألة، ننقل منها بعض النصوص^(١):

جاء في مجموع الفتاوى: «سئل رحمة الله عن رجل أسلف خمسين درهماً في رطل من حرير إلى أجل معلوم، ثم جاء الأجل فتذرع الحرير، فهل يجوز أن يأخذ قيمة الحرير؟ أو يأخذ عوضه أي شيء كان؟

فأجاب: هذه المسألة فيها روايتان عن الإمام أحمد:

(١) مجموع الفتاوى (٥١٩ - ٥٠٣/٢٩)، وشرح سنن أبي داود لابن القيم، بهامش عون المعبود (٣٥٣/٩).

إحداهما: لا يجوز الاعتياض عن دين السلم بغيره كقول الشافعى.

والقول الثاني: يجوز ذلك، كما يجوز في غير دين السلم وفي المبيع من الأعيان وهو مذهب مالك، وقد نص على هذا في غير موضع، وجعل دين السلم كغيره من المبيعات، فإذا أخذ عوضاً غير مكيل ولا موزون بقدر دين السلم حين الاعتياض لا بزيادة على ذلك، أو أخذ نوعه بقدره مثل أن يسلم في حنطة فیأخذ شعيرًا بقدر الحنطة، فإنه يجوز، وقد ذكر ذلك طائفة من الأصحاب، لكن في بعض الصور.. روايتان.

ثم قال: «وأما المطلعون على نصوص أحمد فذكروا ما هو أعم من ذلك وأنه يجوز الاعتياض عن دين السلم بغير المكيل والموزون مطلقاً... وكذلك إن أخذ قيمته مما لا يكال، ولا يوزن كيف شاء...».

ثم ذكر أن بعض الروايات قيدت بأن لا يأخذ مكان المسلم فيه إلا بقيمتها أو أنقص منها، وهذا هو قول ابن عباس رضي الله عنهما^(١). وجاء في المجموع أن السلم إذا فسخ الانقطاع المسلم فيه كان لصاحب رأس المال بيعه قبل استرداده^(٢).

وقد استدل المانعون بعده أدلة أهمها ما يأتي:

١ - ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره»^(٣).

(١) مجمع الفتاوى (١٩/٥٠٣ - ٥١٨).

(٢) المجموع للنحوبي (٩/٢٦٦).

(٣) الحديث رواه أبو داود: الحديث رقم ٣٤٥١، عن المعبود (٩/٣٥٣)، وابن ماجه (٢/٧٦٦)، الحديث رقم ٢٢٧٣، والبيهقي (٦/٢٥)، والدارقطني (٣٠٨).

٢ - أن هذا يدخل في بيع الشيء قبل قبضه، وهذا لا يجوز، لأنه يدخل ضمن النهي عن ربح ما لم يضمن.

يقول ابن تيمية: «إإن علته في منع بيع دين السلم كونه مبيعاً فلا بيع قبل القبض»^(١).

ثُمَّ يَبَيِّنُ بِأَنَّ مَبْنَى ذَلِكَ عَلَى مَا رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ» وَقَالَ: «وَلَا أَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا بِمَنْزِلَةِ الطَّعَامِ»^(٢).

٣ - الإجماع حيث ذكر صاحب المغني الإجماع على ذلك فقال: «أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريم خلافاً»^(٣).

وهذه الأدلة كلها مجال للنقاش والرد والبدل على ضوء ما يأتي:

١ - فبالنسبة للدليل الأول (الحديث) فهو:

أولاً: ضعيف لا ينهض حجة في مثل هذه القضايا، حيث في سنته عطية بن سعد وهو كما قال عبد الحق في أحكامه: لا يحتج به، وقد ضعفه أحمد، وغيره، وقال ابن عدي: هو مع ضعفه يكتب حديثه، وقال مسلم بن الحجاج: قال أحمد - وذكر عطية العوفي فقال - : هو ضعيف، ثم قال: بلغني أن عطية كان يأتي الكلبي ويسأله عن التفسير وكان يكتننه بأبوي سعيد يقول: قال أبو سعيد. وكان هشيم يضعف حديث عطية، وقال أبو حاتم: ضعيف يكتب حديثه، وقال النسائي: هو ضعيف. وذكر ابن عدي: أن عطية مع أهل البدعة، وذكره ابن حبان في الضعفاء، وذكر أنه كان يسمع أحاديث من الكلبي ويرويها فإذا قيل: من حدثك بهذا؟ فيقول حدثني أبو سعيد

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/٥٠٥).

(٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه - مع الفتح - كتاب البيوع/ باب بيع الطعام قبل أن يقبض (٣٤٩/٤)، ومسلم (١١٥٩/٣).

(٣) المغني لابن قدامة (٤/٣٣٤).

فيتوهمون أنه يريد أبا سعيد الخدري، وإنما أراد الكلبي، قال ابن حبان: لا يحل كتب حديثه إلا على التعجب»^(١).

فرجل هذا حاله كيف يؤخذ منه أحاديث الأحكام؟ لذلك فالحديث ضعيف لا ينهض حجة لأن مداره على رجل «مجمع على ضعفه»^(٢).

ثانية: أن الحديث – على فرض ثبوته – ليس نصاً على الدعوى، حيث يحتمل أكثر من معنى فقد قال الطبيبي: «يجوز أن يرجع الضمير في (غيره) إلى (من) في قوله: «من أسلف» يعني لا يبيعه من غيره قبل القبض، أو إلى شيء أي لا يبدل المبيع قبل القبض بشيء آخر»^(٣).

وقد أجاب شيخ الإسلام ابن تيمية عن هذا الحديث بجوابين أحدهما أنه ضعيف، ثم قال: «والثاني: المراد به أن لا يجعل السلف سلماً في شيء آخر فيكون معناه النهي عن بيعه بشيء معين إلى أجل وهو من جنس بيع الدين بالدين، ولهذا قال: (لا يصرفه إلى غيره) أي لا يصرف المسلم فيه إلى مسلم فيه آخر، ومن اعتراض عنه بغيره قابضًا للعوض لم يكن قد جعله سلماً في غيره»^(٤).

(١) انظر: تهذيب التهذيب، ط دار صادر بيروت (٢٢٤/٧ - ٢٢٦)، والمعنى في الضعفاء، ط قطر (٦١٧/١).

(٢) قال الذهبي في المغني (٦١٧/١) عطية بن سعد العوفي الكوفي تابعي مشهور، مجمع على ضعفه، وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٢٢٥/٣) وهو – أي هذا الحديث – ضعيف، وأعلمه أبو حاتم، والبيهقي وعبد الحق، وابن القطان بالضعف والاضطراب.

(٣) عون المعبود (٣٥٤/٩).

(٤) مجمع الفتاوى، ط الرياض (٢٩/١٧ـ) ويراجع كذلك شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٣٥٥/٩).

ثالثاً: أن الحديث رواه الدارقطني بلفظ آخر ليس فيه ما يدل عليه اللفظ السابق، وهو «من أسلف في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه، أو رأس ماله»^(١) فهذا اللفظ ليس فيه النهي عن صرفه إلى غيره، لكن الحديث ضعيف جداً، ومضرطب ومعلول كما قال الحافظ ابن حجر وغيره^(٢)، فلا ينهض حجّة.

٢ - وأما المبيع قبل القبض - كقاعدة عامة - ستأتي مناقشته فيما بعد عند كلامنا عن بيع المسلم فيه لغير المسلم.

٣ - وأما الإجماع الذي ادعاه صاحب المغني ابن قدامة، فقد رد عليه شيخ الإسلام ابن تيمية فقال: «وأما ما ذكره الشيخ أبو محمد في (مغنيه) . . . قال: (بيع المسلم فيه قبل قبضه لا نعلم في تحريمه خلافاً) فقال رحمة الله بحسب ما علمه، وإن فذهب مالك أنه يجوز بيعه من غير المستسلف، كما يجوز عنده بيع سائر الديون من غير من هو عليه، وهذا أيضاً إحدى الروايتين عن أحمد نص عليه في مواضع بيع الدين من غير من هو عليه، كما نص على بيع دين السلم من هو عليه، وكلاهما منصوص عن أحمد في أجوية كثيرة من أجوائه، وإن كان ذلك ليس في كتب كثير من متأخري أصحابه، وهذا القول أصح، وهو قياس أصول أحمد»^(٣).

(١) الدارقطني (٣٠٨).

(٢) تلخيص الحير (٢٥/٣).

(٣) مجموع الفتاوى (٥٠٦/٢٩) وقد سرد ابن القيم في شرح سنن أبي داود - بهامش عون المعبود (٣٥٣/٩) - مجموعة من أجوية أحمد وأصحابه، منها: أن القاضي قال: نقلت من خط أبي حفص في مجموعه: «فإن كان ما أسلم فيه مما يكال أو يوزن فأخذ من غير نوعه مثل كيله مما هو دونه في الجودة جاز، وكذلك إن أخذ بشمنه مما لا يكال، ولا يوزن كيف شاء» . . . ومنها ما قال حرب: سألت أحمد: =

وإذا كان هذا القول الأصح للإمام أحمد، فلنذكر رأي المالكية في هذه المسألة: جاء في المدونة: «قلت: فإن كنت أسلفت في شعير، فلما حل الأجل أخذت سمرة، أو محمولة؟ قال: لا بأس بذلك وهو قول مالك، قلت: ولا ترى هذا بيع الطعام قبل أن يستوفي؟ قال: لا إذا حل الأجل فأخذت بعض هذا من بعض مثل الذي ذكرت بكيله، وأخذت مثل كيله، فإنما هذا بدل، وليس هذا بيع الطعام قبل أن يستوفي»^(١).

ثم ذكر أن هذا «إنما يجوز بعد محل الأجل، أن يباعه من صاحبه الذي عليه السلف، ولا يجوز أن يباعه من غير صاحبه الذي عليه السلم... حتى يقبضه من الذي عليه السلف، لأنه إن باعه من غير الذي عليه ذلك بمثل كيله وصفته صار حالة، والحالة عند مالك بيع من البيوع فلذلك لا يجوز أن يحتال بمثل ذلك الطعام الذي سلف فيه على غير الذي عليه السلف، لأنه يصير ديناً بدين وبيع الطعام قبل أن يستوفي»^(٢).

هذا في السلم في الطعام حيث يجوز الاعتراض عنه ممن عليه السلم، ويكون بعد حلول الأجل، أما قبل حلول الأجل فتجوز الإقالة، وحيثند يكون له الحق أن يأخذ رأس ماله، أو الطعام الذي أسلم فيه^(٣).

فالاعتراض عن الطعام يجوز عند مالك ممن عليه السلم، ولكنه

فقلت: رجل أسلم إلى رجل دراهم في بر، فلما حل الأجل لم يكن عنده بُرًّا - أي عنده شعير - فقال: قوم الشعير بالدرارم فخذ من الشعير... مثل كيل البر، أو أنقص».

(١) المدونة (٤/٣٤).

(٢) المدونة (٤/٣٥).

(٣) المدونة (٤/٥٩ - ٦٩٩).

لا يجوز بيعه قبل القبض^(١).

أما غير الطعام فيجوز بيعه لغير المسلم مطلقاً، أما للمسلم نفسه فلا يجوز قبل حلول الأجل بأكثر، جاء في المدونة في كتاب السلب: «قلت أرأيت إن أسلمت في طعام معلوم... أيجوز لي أن أبيع ذلك الطعام... قبل أن أقبضه؟ قال: لا يجوز ذلك في قول مالك. قلت: وما سوى الطعام والشراب مما سلفت فيه كيلاً أو وزناً فلا بأس أن أبيعه قبل أن أقبضه من الذي باعني، أو من غيره؟ قال: قال مالك: «لا بأس أن تبيع ما سلفت فيه إذا كان من غير ما يؤكل ويشرب من غير الذي عليه ذلك السلف بأقل أو أكثر، أو بمثل ذلك إذا انتقدت، وأما الذي عليه ذلك السلف فلا تبعه منه قبل الأجل بأكثر، ولا تبعه منه إلا بمثل الشمن، أو بأقل، ويقبض ذلك»^(٢).

وجاء في الشرح الكبير: «وجاز بلا جبر قبل زمانه - أي: أجل المسلم فيه - قبول صفتة، - أي: موصوفها فقط - لا أوفي ولا أجود، ولا أقل ولا أكثر... قبل محله إلا الموضع الذي اشترط فيه القبض أو موضع العقد عند عدم الشرط فيجوز في العرض مطلقاً، حل الأجل أم لا، وفي الطعام إن حل».

وعلى الدسوقي على ذلك «بأن في العرض والطعام قولين أحدهما لابن القاسم، وأصبح الجواز قبل محله بشرط الحلول فيهما. والثاني: لسحنون واختاره ابن زرقون: الجواز قبل محله وإن لم يحل فيهما»^(٣).

وجاء فيه أيضاً: «وجاز قضاوه ولو قبل الأجل بغير جنسه، أي المسلم فيه بشروط أربعة» وهي: إن جاز بيعه قبل قبضه كسلم ثوب في حيوان فأخذ

(١) المدونة (٤/٥٩ - ٨٧).

(٢) المدونة (٤/٨٧).

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢١٩).

عنه دراهم، إذ يجوز بيع الحيوان قبل قبضه. وثانية: قوله: وجاز بيعه أي المأخذ عن المسلم فيه بال المسلم فيه مناجزة كدراهم في ثوب أخذ عنه طشت نحاس، إذ يجوز بيع الطشت بالثوب يدًا بيده.. والثالث قوله: وأن يسلم فيه أي في المأخذ - رأس المال، كالمثال المتقدم، إذ يجوز سلم الدرارم في طشت نحاس، والرابع أن يجعل المأخذ ليس لم من فسخ الدين في دين»^(١).

وجاء في بداية المجتهد: «اختلف العلماء في بيع المسلم فيه إذا حان الأجل من المسلم إليه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلًا، وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه... وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين:

أحدهما: إذا كان المسلم فيه طعاماً...
 والثاني: إذا لم يكن المسلم فيه طعاماً فأخذ عوضه المسلم ما لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله...».

ثم قال: «وأما بيع السلم من غير المسلم إليه فيجوز بكل شيء يجوز التابع به ما لم يكن طعاماً، لأنه لا يدخله بيع الطعام قبل قبضه»^(٢).

الخلاصة:

أن مالكًا أجاز الاعتياض عن المسلم فيه ممن هو عليه السلم إلا الطعام حيث لا يجوز فيه بيعه قبل قبضه، وهذا رواية عن أحمد. وفي رواية أخرى أجاز بيع المكيل والموزون بغير المكيل والموزون، وكذلك الاعتياض عن المكيل والموزون أو بالعكس، إذا كان يقدره^(٣).

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) بداية المجتهد، ط مصطفى الحلبي (٢٠٦/٢).

(٣) مجموع الفتاوى (٥١١/٢٩).

وأما الدليل على جواز الاعتياض عن المسلم فيه ممن عليه السلم فهو

ما يأتي:

١ - الاستدلال بالحديث الثابت الذي يرويه ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كنت أبيع الإبل بالنقيع - بالنون سوق المدينة، وبالباء مقبرتها - فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة، فقلت يا رسول الله: رويدك، أسائلك: إني أبيع الإبل بالنقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدرهم، وأبيع بالدرهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكمَا شيء»^(١).

وقد اعتبر شيخ الإسلام هذا الحديث دليلاً على جواز الاعتياض عن المسلم فيه فقال: «والدليل على ذلك أن الثمن يجوز الاعتياض عنه قبل قبضه بالسنة الثابتة عن النبي ﷺ... فقد جوز النبي ﷺ أن يعتاضوا عن الدين الذي هو الثمن بغيره مع أن الثمن مضمون على المشتري لم ينتقل إلى ضمان البائع، فكذلك المبيع الذي هو دين السلم يجوز بيعه وإن كان مضموناً على البائع لم ينتقل إلى ضمان المشتري، والنبي ﷺ إنما يجوز الاعتياض عنه إذا كان بسعر يومه لئلا يربح فيما لم يضمن»^(٢) ثم ختم كلامه

(١) الحديث رواه أحمد في مسنده (٢/٨٢، ١٥٤)، وأبو داود في سنته - مع عون المعبود - كتاب البيع (٩/٢٠٣)، وابن ماجه في سنته لكنه بدون «سعر يومها»، كتاب التجار (٢/٧٠)، والدارمي (٢/١٧٤)، والنمسائي، البيوع (٧/٢٨١)، قال النووي في المجموع (٩/٢٧٣): (حديث ابن عمر صحيح رواه أبو داود والترمذى، والنمسائى، وأخرون بأسانيد صحيحة عن سماك بن حرب عن سعيد عن ابن عمر) ثم ذكر بأن الحديث إذا روى مرفوعاً، وموقوفاً، ومرسلاً كان محكوماً بوصله ورفعه على المذهب الصحيح الذي قاله الفقهاء والأصوليون ومحققو المحدثين من المتقدين والمتاخرين».

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/٥١٠).

بقوله: «والصواب الذي عليه جمهور العلماء... أنه يجوز بيع الدين ممن هو عليه، لأن ما في الذمة مقبوض للمدين، لكن إن باعه بما لا يباع به نسيئة اشترط فيه الحلول والقبض لثلا يكون رباً، وكذلك إذا باعه بموصوف في الذمة، وإن باعه بغيرهما ففيه وجهان:

أحدهما: لا يشترط، كالاشتراط في غيرهما.

والثاني: يشترط، لأن تأخير القبض نسيئة كبيع الدين بالدين، ومالك لم يجوز بيع دين السلم إذا كان طعاماً، لأنه بيع، وأحمد جوز بيعه وإن كان طعاماً أو مكيلأً، أو موزوناً من بائعه إذا باعه بغير مكيل، أو موزون، لأنه النهي عن بيع الطعام قبل قبضه هو في الطعام المعين، وأما في الذمة فالاعتراض عنه من جنس الاستيفاء، وفائدته سقوط ما في ذمته عنه، ولا حدوث ملك له، فلا يقتاس هذا بهذا، فإن البيع المعروف هو أن يملك المشتري ما اشتراه، وهنا لم يملك شيئاً، بل سقط الدين من ذمته، وهذا لو وفاه ما في ذمته لم يقل: إنه باعه دراهم بدراهم، بل يقال أوفاه حقه، بخلاف ما لو باعه دراهم معينة بدراهم معينة فإنه بيع، فلما كان في الأعيان إذا باعها بجنسها لم يكن بيعاً، وكذلك إذا وفاهما من غير جنسها لم يكن بيعاً بل هو إيفاء فيه معنى المعاوضة»^(١).

ومما يدل على تسامح أكثر في بيع أو اعتراض دين السلم من المسلم إليه أن ابن عباس الذي لم يجوز بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً^(٢) أجاز بيع دين السلم ممن هو عليه إذا لم يربح، حتى إنه لم يفرق بين الطعام وغيره، ولا بين المكيل والموزون وغيرهما، قال ابن تيمية: «الأن البيع هنا من البائع الذي هو عليه، وهو الذي يقبضه من نفسه، بل ليس هنا قبض، لكن

(١) مجموع الفتاوى (٥١٢/٢٩).

(٢) صحيح البخاري - مع الفتح - (٤/٣٤٩).

يسقط عنه ما في ذمته فلا فائدة في أخذه منه، ثم إعادته إليه، وهذا من فقه ابن عباس»^(١).

٢ - بل إن شيخ الإسلام ذكر في توضيح الرأي القائل بجواز الاعتراض عنه سواء تذرع المسلم فيه أم لا^(٢): أن قول ابن عباس في جواز ذلك لا يعرف له في الصحابة مخالف، وذلك لأن السلم دين ثابت فجاز الاعتراض عنه كبدل القرض، وكالثمن في المبيع، ولأنه أحد العوضين في البيع فجاز الاعتراض عنه كالعوض الآخر ما دام بسعر يوم الاعتراض^(٣).

قال ابن القيم: «قال ابن المنذر: ثبت عن ابن عباس أنه قال: (إذا أسلفت في شيء إلى أجل، فإن أخذت ما أسلفت فيه، وإن فخذ عوضاً أنقص منه ولا تربح) مرتين. رواه شعبة، فهذا صحابي، وهو حجة ما لم يخالف».

ثم قال: «والذين منعوا جواز بيعه لمن هو في ذمته قاسوه على السلم، وقالوا: لأن دين فلا يجوز بيعه كدين السلم، وهذا ضعيف من وجهين:

أحدهما: أنه قد ثبت في حديث ابن عمر جوازه، (حيث يدل على جواز بيع الثمن ممن هو في ذمته قبل قبضه، فما الفرق بينه وبين الاعتراض عن دين السلم بغيره).

والثاني: أن دين السلم غير مجمع على منع بيعه - كما سبق - .

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/٥١٤).

(٢) جاء هذا في جواب سؤال هذا نصه: «وسئل عن الرجل يسلم في شيء فهل له أن يأخذ من المسلم إليه غيره، كمن أسلم في حنطة، فهل له أن يأخذ بدلها شيئاً سواء تذرع المسلم فيه أم لا؟»، مجموع الفتاوى (٢٩/٥١٨).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/٥١٩).

والذين فرقوا بين دين السلم وغيره لم يفرقوا بفرق مؤثر، والقياس التسوية بينهما^(١).

وأيضاً فإن العلة في المنع إن كانت توالى الضمانين اطرد المنع في البائع وغيره، وإن كانت عدم تمام الاستيلاء وأن البائع لم تقطع علقه عن المبيع بحيث ينقطع طمعه في الفسخ، لا يمكن من الامتناع من الإقراض إذا رأى المشتري قد ربع فيه لم يطرد النهي في بيته من بائمه قبل قبضه لانتفاء هذه العلة في حقه. وهذه العلة أظهره، وتوالى الضمانين ليس بعلة مؤثرة ولا تنافي بين كون العين الواحدة مضمونة له من وجهه وعليه من وجه آخر، فهي مضمونة له وعليه باعتبارين. وأي محذور في هذا؟ كمنافع الإجارة. فإن المستأجر له أن يؤجر ما استأجره، فتكون المنفعة مضمونة له وعليه، وكذلك الشمار بعد بدء صلاحتها له أن يبيعها على الشجر، وإن أصابتها جائحة رجع على البائع فهي مضمونة له وعليه ونظائره كثيرة.

وأيضاً فيبيه من بائمه شيء بالإقالة وهي جائزة قبل القبض على الصحة.

وأيضاً فدين السلم تجوز الإقالة فيه بلا نزاع، وبيع المبيع لبائمه قبل قبضه غير جائز في أحد القولين.

فعلم أن الأمر في دين السلم أسهل منه في بيع الأعيان. فإذا جاز في الأعيان أن تباع لبائمهها قبل القبض فدين السلم أولى بالجواز، كما جازت الإقالة فيه قبل القبض اتفاقاً بخلاف الإقالة في الأعيان.

ومما يوضح ذلك: أن ابن عباس لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه، واحتج عليه بنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه وقال: «أحسب كل

(١) شرح سنن أبي داود للحافظ ابن القيم، بهامش عون المعبود (٣٥٦/٩).

شيء بمنزلة الطعام» ومع هذا فقد ثبت عنه أنه جوز بيع دين السلم ممن هو عليه إذا لم يربح فيه. ولم يفرق بين الطعام وغيره، ولا بين المكيل والوزن وغيرهما. لأن البيع هنا من البائع الذي هو في ذمته. فهو يقتضي من نفسه لنفسه، بل في الحقيقة ليس هنا قبض، بل يسقط عنه ما في ذمته فتبرأ ذمته وبراءة الذمم مطلوبة في نظر الشرع، لما في شغلها من المفسدة فكيف يصلح قياس هذا على بيع شيء غير مقبوض لأجنبي لم يتحصل بعد، ولم تنقطع علق بائعه عنه؟

وأيضاً: فإنه لو سلم المسلم فيه ثم أعاده إليه حاز. فأي فائدة في أخذه منه. ثم إعادته إليه، وهل ذلك إلا مجرد كلفة ومشقة لم تحصل بها فائدة.

ومن هنا يعرف فضل علم الصحابة وفقههم على كل من بعدهم.

قالوا: وأما استدلالكم بنهي النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن: فنحن نقول بمبرر، وأنه لا يربح فيه، كما قال ابن عباس: «خذ عرضاً بأنقص منه، ولا تربح مرتين».

فنحن إنما نجوز له أن يعاوض عنه بسعر يومه، كما قال النبي ﷺ لعبد الله بن عمر في بيع النقود في الذمة «لا بأس إذا أخذتها بسعر يومها فالنبي ﷺ إنما جوز الاعتياض عن الثمن بسعر يومه لثلا يربح فيما لم يضمن».

وقد نص أحمد على هذا الأصل في بدل العوض وغيره من الديون أنه إنما يعتاض عنه بسعر يومه لثلا يربح فيما لم يضمن.

وكذلك قال مالك: يجوز الاعتياض عنه بسعر يومه كما قال ابن عباس لكن مالكا يستثنى الطعام خاصة، لأن من أصله أن بيع الطعام قبل قبضه لا يجوز بخلاف غيره.

وأما أَحْمَدُ : فِإِنَّهُ فَرَقَ بَيْنَ أَنْ يَعْتَاضَ عَنْهُ بِعُرْضٍ أَوْ حَيْوَانًا أَوْ نَحْوَهُ ،
دُونَ أَنْ يَعْتَاضَ بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ ، فِإِنْ كَانَ بِعُرْضٍ وَنَحْوَهُ جُوزَهُ بِسُعْرِ يَوْمِهِ ،
كَمَا قَالَ أَبْنُ عَبَّاسٍ وَمَالِكٍ ، وَإِنْ يَعْتَاضَ عَنِ الْمَكِيلِ بِمَكِيلٍ ، أَوْ عَنِ الْمَوْزُونِ
بِمَوْزُونٍ ، فِإِنَّهُ مَنْعَهُ لَئِلَا يَشْبِهُ بَيْعَ الْمَكِيلِ بِالْمَكِيلِ مِنْ غَيْرِ تَقَابُضٍ ، إِذَا كَانَ لَمْ
تَوْجُدْ حَقِيقَةُ التَّقَابُضِ مِنَ الْطَّرْفَيْنِ . وَلَكِنْ جُوزَهُ إِذَا أَخْذَ بِقَدْرِهِ مَا هُوَ دُونَهُ ،
كَالشَّعِيرِ عَنِ الْحَنْطَةِ ، نَظَرًا مِنْهُ إِلَى أَنَّ هَذَا اسْتِيَافَةٌ لَا مَعَاوِضَةَ ، كَمَا يَسْتَوِي فِي
الْجَيْدِ عَنِ الرَّدِيءِ . فِي الْعَرْضِ جُوزُ الْمَعَاوِضَةِ ، إِذَا لَا يَشْتَرِطُ هَنَاكَ تَقَابُضًا .
وَفِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ : مَنْعُ الْمَعَاوِضَةِ ، لِأَجْلِ التَّقَابُضِ ، وَجُوزُ أَخْذِ قَدْرِ
حَقِّهِ أَوْ دُونِهِ ، لِأَنَّهُ اسْتِيَافَةٌ . وَهَذَا مِنْ دَقِيقِ فَقْهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

قَالُوا : وَأَمَا قَوْلُكُمْ : إِنَّ هَذَا الَّذِينَ مَضْمُونُ لَهُ ، فَلَوْ جُوزَنَا بِيَهُ لَزِمَّ
تَوَالِي الْضَّمَانِيْنَ فَهُوَ دَلِيلٌ بَاطِلٌ مِنْ وَجْهِيْنَ .

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ لَا تَوَالِي ضَمَانِيْنَ هُنَا أَصْلًا ، فِإِنَّ الَّذِينَ كَانُ مَضْمُونًا لَهُ
فِي ذَمَّةِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ، فَإِذَا بَاعَهُ إِيَّاهُ لَمْ يَصُرْ مَضْمُونًا عَلَيْهِ بِحَالٍ . لِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ
فِي ذَمَّةِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ، فَمَنْ أَيِّ وَجَهٌ يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَى الْبَائِعِ؟ بَلْ لَوْ بَاعَهُ
لِغَيْرِهِ لَكَانَ مَضْمُونًا لَهُ عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَمَضْمُونًا عَلَيْهِ لِلْمُشْتَرِيِّ وَحِينَئِذِ
فَيَتَوَالِي ضَمَانِيْنَ .

الجواب الثاني : أَنَّهُ لَا مَحْذُورٌ فِي تَوَالِي الْضَّمَانِيْنَ . وَلَيْسَ بِوَصْفٍ
مُسْتَلِزٍ لِمُفْسِدَةٍ يَحْرِمُ الْعَهْدَ لِأَجْلِهَا . وَأَيْنَ الشَّاهِدُ مِنْ أَصْوَلِ الشَّرْعِ لِتَأْثِيرِ
هَذَا الْوَصْفِ؟ وَأَيْ حَكْمٌ عَلَى الشَّارِعِ فَسَادُهُ عَلَى تَوَالِي الْضَّمَانِيْنَ؟ وَمَا كَانَ
مِنَ الْأَوْصَافِ هَكَذَا فَهُوَ طَرْدِيٌّ لَا تَأْثِيرَ لَهُ .

وَقَدْ قَدَّمْنَا ذَكْرَ الصُّورِ الَّتِي فِيهَا تَوَالِي الْضَّمَانِيْنَ . وَقَدْ ثَبَّتَ عَنْ
النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ جَوْزَ الْمَعَاوِضَةِ عَنْ ثَمَنِ الْمَبَيْعِ فِي الذَّمَّةِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
دِينِ السَّلْمَ .

قالوا: وأيضاً فالمباع إذا تلف قبل التمكّن من قبضه كان على البائع أداء الثمن الذي قبضه من المشتري. فإذا كان هذا المشتري قد باعه فعليه أداء الثمن الذي قبضه من المشتري الثاني فالواجب بضمانته هذا غير الواجب بضمانته الآخر. فلا محذور في ذلك.

وشاهدنا: المنافع في الإجارة والثمرة قبل القطع. فإنه قد ثبت بالستة الصحيحة التي لا معارض لها: وضع الثمن عن المشتري إذا أصابتها جائحة. ومع هذا يجوز التصرف فيها. ولو تلفت لصارت مضمونة عليه بالثمن الذي أخذها، كما هي مضمونة له بالثمن الذي دفعه.

قالوا: وأما قولكم: إن المنع منه إجماع، فكيف يصح دعوى الإجماع مع مخالفة حبر الأمة ابن عباس، وعالم المدينة مالك بن أنس؟

فثبتت أنه لا نص في التحرير، ولا إجماع ولا قياس، وأن النص والقياس يقتضيان الإباحة كما تقدم والواجب عند التنازع: الرد إلى الله وإلى رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. انتهى.

٣ - إن الأصل في العقود أنها تتعقد بمجرد الإيجاب والقبول - مع توافر الشروط المطلوبة - فإذا انعقد العقد تحققت التزامات الطرفين، ويجب الوفاء بها تنفيذاً لقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ مَاءَمُوا أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(١).

الاحتمال الثاني:

بيع المسلم فيه لشخص آخر قبل القبض:

وقبل أن نذكر المخالف في هذا الموضوع، نذكر أنه ثار خلاف كبير في بيع المباع قبل القبض يمكن إرجاعه إلى ثلاثة اتجاهات وهي:

(١) سورة المائدة: الآية ١.

الاتجاه الأول: يرى عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً سواء كان المعقود عليه طعاماً أم غيره سواء أكان مكيناً أم موزوناً، عقاراً أو منقولاً.

وهذا مذهب الشافعي وأكثر أصحابه^(١) وأحمد في رواية^(٢) ومحمد بن عبد الحق وزفر من الحنفية^(٣) والظاهريه^(٤) والزيدية^(٥) ورواية الإمامية^(٦) والأباضية في المشهور عنهم^(٧)، وروى ذلك عن ابن عباس، وجابر بن عبد الله وسعيد بن المسيب في رواية عنه، وسفيان الثوري^(٨).

الاتجاه الثاني: يرى جواز بيع المبيع، وكل تصرف فيه مطلقاً، وهذا رأي عطاء بن أبي رباح، وعثمان البتي^(٩)، ورأي الإمامية^(١٠).

الاتجاه الثالث: يرى التوسط والتفصيل، وأصحاب هذا الاتجاه مختلفون على خمسة آراء حيث ذهب أكثرهم إلى عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه، وإلى جواز ما عداه، وهذا رأي مالك في المشهور عنه^(١١) وأحمد في

(١) الأم (٦٠/٣)، والمجموع للنحو (٩/٢٦٤ – ٢٧٥).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/١٢١ – ١٢٣).

(٣) بذائع الصنائع (٧/٣١٠٠)، وفتح القيدير (٧/٢٢).

(٤) المحملي لابن حزم (٩/٥٩٢).

(٥) البحر الزخار (٤/٣١١).

(٦) المختصر النافع (ص ١٤٨).

(٧) شرح النيل (٨/٥٩).

(٨) المصنف لعبد الرزاق (٨/٤٤ – ٣٨)، والمحملي (٩/٥٩٤)، والمغني (٨/٤٤ – ٣٨).

(٩) المحملي (٨/٥٩٧)، والمغني (٤/٢٢٠)، وشرح ابن القيم على السنن (٩/٣٨٢).

(١٠) المختصر النافع (ص ١٤٨).

(١١) المدونة (٤/٩٠).

رواية عنه^(١) و اختيار أبي ثور و ابن المنذر^(٢) وإليه أشار البخاري في صحيحه^(٣).

وهذا الرأي هو الذي يدعمه الدليل^(٤)، وقد قال الحافظ ابن المنذر: «هو أصح المذاهب...»^(٥).

هذا هو الخلاف في بيع الشيء قبل قبضه بصورة عامة، وهل هذا الخلاف يجري في بيع المسلم فيه قبل قبضه؟

إنه من الثابت في كتب المالكية والحنابلة أن مذهب مالك على جوازه فيما عدا الطعام^(٦) وكذلك نص عليه أحمد^(٧)، بل إنه قد ثبت أن ابن عباس يُحِيز بيع المسلم فيه قبل قبضه مع أنه لا يُحِيز بيع الشيء قبل قبضه — كما سبق — .

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «فمذهب مالك أنه يجوز بيعه من غير المستلف، كما يجوز عنده بيع سائر الديون من غير من هو عليه، وهذا أيضاً إحدى الروايتين عن أحمد، نص عليه في مواضع بيع الدين من غير من هو عليه، كما نص على بيع دين السلم ممن هو عليه، وكلاهما منصوص عن

(١) المغني (٤/١٢٠)، ومجموع الفتاوى (٢٩/٣٩٨)، وشرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/٣٩٢).

(٢) المغني (٤/١٢١ – ١٢٣).

(٣) حيث ترجم البخاري في صحيحه: باب بيع الطعام قبل أن يقبض (٤/٣٤٩) وباب إذا اشتري مئاناً، أو دابة، فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض (٤/٣٥١).

(٤) يراجع في تفصيل الأدلة والأراء: بحثنا عن القبض وصوره المعاصرة المقدم إلى مجمع الفقه الموقر في دورته السادسة بجدة عام ١٩٩٠م.

(٥) المجموع (٩/٢٧٠ – ٢٧١).

(٦) المدونة (٤/٨٨، ٩٠، ٩١، ٩٥)، وبداية المجتهد (٢/٢٠٦).

(٧) مجموع الفتاوى (٢٩/٥٠٦).

أحمد في أجوبه كثيرة من أجوبته . . . وهذا القول أصح، وهو قياس أصول أحمد^(١). ثم قال: «والمقصود أن أصل أحمد ومالك جواز التصرف، وأنه يوسع في البيع قبل انتقال الضمان إلى المشتري، بخلاف أبي حنيفة والشافعي، والرواية الأخرى عن أحمد»^(٢).

وأصل الخلاف يعود إلى مسألة الضمان هل هو من ضمان البائع، أم من ضمان المشتري، وهل ذلك الضمان يمنع المشتري من التصرف فيه؟

فمالك وأحمد في المشهور عنه ومن معهم قالوا: إن ما تمكن المشتري من قبضه فهو من ضمانه، وأن المشتري يستطيع أن يتصرف في المبيع قبل التمكن من قبضه، لأن ضمان البائع له لا يمنع تصرف المشتري الذي انتقلت إليه ملكية المبيع والمسلم فيه بمجرد العقد، قال ابن تيمية: «فظاهر مذهب أحمد أن جواز التصرف فيه ليس ملزماً للضمان ولا مبنياً عليه، بل قد يجوز التصرف فيه حيث يكون من ضمان البائع كما ذكر في الثمرة، وضمان الإجارة، وبالعكس كما في الصبرة المعينة»^(٣).

بينما ربط أبو حنيفة والشافعي جواز التصرف بالضمان فإذا لم ينتقل الضمان إلى المشتري لا يجوز له التصرف فيه حتى لا يتولى الضمانان.

لكن شيخ الإسلام رد على هذا الأصل بأنه مأخذ ضعيف، وأنه لا محذور في وجود ضمانين، لأن الواجب بضمان هذا غير الواجب بضمان ذاك^(٤)، فلو تلف المبيع قبل التمكن من القبض فإن المشتري الثاني يعود إلى المشتري الأول وهو على البائع، وكل يرجع على الآخر بما دفعه.

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق (٥٢٩ / ٥ - ٦).

(٣) المرجع السابق نفسه.

(٤) المرجع السابق نفسه.

ويدل على أن ضمان البائع لا يمنع من تصرف المشتري في المبيع حديث ابن عمر الثابت السابق في البيع بالذهب والأداء بالفضة، أو بالعكس، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «فقد جوز النبي ﷺ أن يعاضوا عن الدين الذي هو الشمن بغيره، مع أن الشمن مضمون على المشتري لم ينتقل إلى ضمان البائع، فكذلك المبيع الذي هو دين السلم يجوز بيعه وإن كان مضموناً على البائع لم ينتقل إلى ضمان المشتري، والنبي ﷺ إنما جوز الإعتراض عنه بسعر يومه لئلا يربح فيما لم يضمن، وهكذا قد نص أحمد على ذلك في بدل القرض وغیره من الديون، إنما يعاض عنده بسعر يومه»^(١).

ومن ناحية أخرى أن ما في ذمة المدين البائع مقبوض للدائن فحينما يبيعه للآخر فكأنه سلمه إليه، وحل محله، يقول ابن تيمية: «إن ما في الذمة مقبوض للدمين»^(٢) كما أن الموجود في الذمة فكأنه موجود في الواقع والخارج.

الاحتمال الثالث:

التصرف في المسلم فيه بالتولية، والشركة، والخطيبة، والمصالحة، والحوالة، والوكالة ونحوها:

فعقد الوكالة والسمسرة في السلم جائز، لأن القاعدة فيها هي أن كل من صرخ تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صرخ أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة، مسلماً كان أو كافراً، وكل ما يصرخ أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صرخ أن يتوكل لغيره فيه»^(٣).

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/٥١٠).

(٢) المرجع السابق (٢٩/٥١٢).

(٣) يراجع: المغني لابن قدامة (٥/٨٨)، وحاشية ابن عابدين (٤/٣٩٩)، وروضة الطالبين (٤/٢٩١)، وبداية المجتهد (٢/٣٠١)، والمدونة (٤/٤٩).

وأما التولية، والشركة في المسلم فيه قبل قبضه فمحل خلاف بين
الفقهاء:

فذهب مالك إلى جوازهما سواء كان المسلم فيه طعاماً، أم غيره، جاء
في المدونة: «قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة من السلع فأشركت فيها رجلاً
قبل أن أنقده، أو بعد ما نقدته أبيصلح ذلك في قول مالك أم لا؟

قال: لا بأس بذلك عند مالك.

قال: ولقد سألت مالكاً عن رجل اشتري من رجل طعاماً بثمن إلى
أجل فاته رجل، فقال: أشركني في هذا الطعام، وذلك قبل أن يكتال طعامه
الذي اشتري.

قال مالك: لا بأس بذلك إن أشركه على أن لا ينتقد إلا إلى الأجل
الذي اشتري إليه الطعام، فإن انتقد فلا خير في ذلك.

وكذلك الأمر في التولية، جاء في المدونة: «قلت: أرأيت إن اشتريت
سلعة من رجل بعقد، فلم أقبضها حتى أشركت فيها رجلاً، أو وليتها رجلاً
أي جوز ذلك؟

قال: لا بأس بذلك عند مالك.

قلت: وإن كان طعاماً اشتريته كيلاً، ونقدت الثمن فوليته رجلاً
أو أشركته فيه قبل أن أكتاله من الذي اشتريته؟

قال مالك: لا بأس بذلك، وذلك الحلال إذا انتقد مثل ما نقد.

قلت: لم جوزه مالك وقد جاء في الحديث الذي يذكره مالك أن
النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفي؟

قال: قد جاء هذا، وقد جاء عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفي إلا ما كان من شرك، أو إقالة أو تولية.

قال سحنون: وأخبرني ابن القاسم عن سليمان بن بلال عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يباعه حتى يستوفي إلا ما كان من شرك، أو إقالة، أو تولية».

قال مالك: «اجتمع أهل العلم على أنه لا بأس بالشرك والإقالة والتولية في الطعام قبل أن يستوفي إذا انتقد الثمن ممن يشركه، أو يقيله، أو يوليه»^(١).

وهذا الحديث الذي رواه الإمام سحنون بسنده، رواه أيضاً عبد الرزاق في مصنفه عن معمر، عن ربيعة عن ابن المسيب أن النبي ﷺ قال: «التولية، والإقالة، والشركة سواء لا بأس به». وأما ابن جريج فقال: أخبرني ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن النبي ﷺ حديثاً مستفاضاً بالمدينة، قال: «من ابتاع طعاماً فلا يباعه حتى يقابضه ويستوفيه إلا أن يشرك فيه، أو يوليه، أو يقيله»^(٢).

والحديث الذي رواه سحنون، وعبد الرزاق مرسلاً لكنه مرسلاً سعيد بن المسيب، وهو يحتاج به عند جمهور العلماء»^(٣).

وأما سند الحديث فالحافظ عبد الرزاق معروف بأنه ثقة حافظ^(٤)

(١) المدونة (٤/٨٠ - ٨١).

(٢) المصنف للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق خليل الرحمن الأعظمي، ط المجلس العلمي (٨/٤٩)، ونصب الرأية (٤/٣١).

(٣) المجموع (١/٦٣ - ٦٠)، والإحکام للأمدي (٢/١٧٨). والمقدمة لابن الصلاح (ص ١٣٠).

(٤) تقریب التهذیب، ط دار المعرفة (١/٥٠٥)، وتهذیب التهذیب (٦/٣١٠).

وهو قد روی عن معمراً وغيره، ومعمراً أيضًا ثقة ثبت بل عده على ابن المديني، وأبو حاتم فيمن دار الإسناد عليهم، بل اعتبره القواد من ثبت الناس^(١) وأما ربيعة المعروفة بربيعة الرأي فهو أيضًا ثقة ثبت من التابعين الفقهاء المفتين، حتى قال مالك: «ذهبت حلاوة الفقه منذ مات ربيعة»^(٢).

إذن فالحديث مرسل صحيح الإسناد، أو أنه لا تقل درجته عن الحسن الذي ينهض حجة، وكذلك فهو نص في الدعوى حيث يدل بنصه على جواز الشرك، والإقالة، والتولية في الطعام قبل القبض والاستيفاء، ويقاس عليه بطريق أولى غير الطعام.

وذهب جماعة آخر منهم الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥) إلى عدم جواز الشرك، والتولية في المسلم فيه قبل قبضه. واستدلوا بأن هذه التصرفات معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يجز، كما لو كانت بلفظ البيع، وأنهما نوعاً بيع، فلم يجوزا في المسلم قبل قبضه كالنوع الآخر^(٦).
ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال بأنه لا نسلم أن التولية والشرك بيع، وذلك لاختلاف الاسم والمضمون، ولو سلم فالبيع نفسه محل خلاف، فلا يكون الدليل ملزماً، لأنه أيضًا محل خلاف.

(١) تهذيب التهذيب (١٠/٢٤٣ - ٢٤٧)، وتقريب التهذيب (٢/٢٦٦).

(٢) يراجع للمزيد من التفصيل: تهذيب التهذيب (٣/٢٥٨)، وتقريب التهذيب (١/٢٤٧).

(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٤/٢٠٩ - ٢١٠).

(٤) يراجع: تحفة المحتاج مع حواشى الشيروانى، وابن قاسم العبادى، ط دار صادر بيروت (٣/٣٠ - ٣١)، والغاية القصوى (١/٤٩٧).

(٥) المغني لابن قدامة (٤/٢٣٤ - ٢٣٥)، والمبدع شرح المقنع، ط المكتب الإسلامي (٤/١٩٧ - ١٩٨).

(٦) المغني لابن قدامة (٤/٢٣٥).

ويكاد الخلاف السابق ينسحب على الصلح في المسلم فيه قبل قبضه^(١).

والذي يظهر رجحانه رأي مالك لقوة دليله، ومنطقه، وموافقة رأيه للأصل القاضي بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة إلا ما دل على حرمتها، فليس هناك نص من الكتاب ولا من السنة يمنع التصرف في المسلم فيه قبل القبض عن طريق الشرك، أو التولية، أو الحطيفة، أو الصلح لكنه بشرط واحد، وهو أن ينقد الثمن حتى لا يكون بيع دين نسيء بدين نسيء.

وأما الحالة بال المسلم فيه (دين السلم)، أو عليه فمحل خلاف كبير.

فذهب جماعة من الفقهاء منهم الحنفية^(٢)، ووجه للشافعية^(٣)، والمالكية^(٤).. في غير ما إذا كان البطلان: المحال به، وعليه طعاماً من بيع، إلى جواز الحالة بدين السلم وعليه.

وذهب الحنابلة^(٥)، ووجه للشافعية - رجمه النووي^(٦) إلى أنه لا تجوز الحالة بدين السلم، ولا عليه.

وهو لاء المانعون استدلوا على ما يأتي:

أولاً: إنهم اعتمدوا في منعهم هذا على أن دين الحالة يجب أن يكون

(١) يراجع المدونة (٤/٥٩)، وروضة الطالبين (٤/٤)، والتحفة مع حواشيه لابن قاسم الشيرازي (٤/٣١)، والمغني لابن قدامة (٤/٥٤٢).

(٢) جاء في الدر المختار - مع حاشية ابن عابدين (٤/٢٠٨): «وصحت الكفالة والحواله والارتهان برأس مال السلم».

(٣) يراجع: فتح العزيز بهامش المجموع (٣٤٠/١٠)، والروضة (٣/٥١٢).

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٢٧/٣).

(٥) المغني لابن قدامة (٤/٣٣٥، ٥٧٧)، والمبدع (٤/١٩٨).

(٦) انظر: الروضة (٣/٥١٢)، وتحفة المحتاج (٥/٢٢٨).

مستقراً، وأن السلم بعرض الفسخ^(١).

ويتمكن الجواب عنه بأن هذا الشرط نفسه محل خلاف وليس عليه دليل من الكتاب والسنّة، والإجماع، فالنص النبوي الشريف في الحوالة لم يشترط كون الدين مستقراً أم غير مستقر، بل قال: «إذا أتى بـ— أو أحيل — على مليء فليتبع»^(٢).

فالنص لم يشترط سوى كون المحال عليه مليئاً قادرًا على أداء الدين، ولذلك قال الشوكاني معلقاً على اشتراط استقرار الدين لدى البعض: «فلا أدرى لهذا الاشتراط وجهاً، لأن من عليه الدين إذا أطال على رجل يمثل حوالته، ويسلم ما أحال به كان ذلك هو المطلوب، لأن به يحصل المطلوب بدين الحال ولو لم يكن في ذمة المحال عليه شيء من الدين»^(٣).

ولذلك أجاز الحنابلة أنفسهم استعمال لفظ الحوالة في صورتين ليستا بحوالة، وإنما هي وكالة وقرض^(٤).

(١) المغني لابن قدامة (٤/٣٣٥).

(٢) الحديث متفق عليه، ورواه الشافعي، وأحمد، وأصحاب السنن، انظر: صحيح البخاري — مع الفتح — (٤/٤٦٤)، ومسلم (٣/١١٩٧)، وسنن أبي داود — مع العون (٩/١٩٥)، والترمذى — مع التحفة (٤/٥٣٥)، وابن ماجه (٢/٨٠٣)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/٧٠)، والنسائي (٧/٢٧٨)، والأم (٣/٢٠٣)، ومسند أحمد (٢/٤٦٣).

(٣) السيل الجرار المتذوق على حدائق الأزهار (٤/٢٤٢).

(٤) جاء في المغني (٤/٥٧٩): «إإن أحال من لا دين له عليه رجالاً على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة، بل هي وكالة... وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة، لاشتراكهما في المعنى... وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة أيضاً... وإنما هو افتراض، فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل، لأنه قرض... وإن أحال من لا دين عنه فهي وكالة في افتراض، وليس =

ثانيًا: واستدل المانعون كذلك بأن الحوالة إما بيع وهو لا يجوز قبل قبض المبيع، أو هو كالبيع، أي يقاس عليه فيكون حكمه مثل حكمه.

والجواب عن ذلك من وجوه:

الوجه الأول: «أن هذا الكلام مبني على أن الحوالة بيع، وهذا بناء ضعيف، لأن الحوالة عقد مستقل له شروطه ومواصفاته وأن اسمها، ومسماها قد أثبتهما الشرع، فلا يقبل أن تدخل في عقد آخر، ومن هنا فاختلاف الاسم والمعنى لغة وشرعاً يدل على اختصاص هذا العقد بأحكامه الخاصة به دون غيره، ولذلك لا يشترط في عقد الحوالة التناقض حتى ولو كان الدينان من النقود، أو الطعام، ولا يدخل في بيع الدين بالدين الذي منعه الفقهاء، وجاز فيه كون أحد الدينين أكثر من الآخر وغير ذلك^(١).

الوجه الثاني: أن قياس الحوالة على البيع قياس مع الفارق، لما ذكرنا في الوجه الأول.

الوجه الثالث: أن المقيس عليه نفسه مختلف فيه فلا يصلح أن يكون أصلاً ملزماً للطرفين، فبيع المبيع قبل قبضه – بما فيه المسلم فيه – محل خلاف كما سبق.

ثالثاً: استدلوا بما روى: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره».

حوالة، لأن الحوالة إنما تكون لدين على دين». وعند المالكية لو أعلم المحيل المحال بأنه لا دين له على أعماله، أو علم من غيره، وشرط المحيل البراء من الدين الذي عليه، ورضي المحال صبح التحول، ولا رجوع له على المحيل، لأنه ترك حقه حيث رضي بالتحول، انظر: الشرح الكبير مع الدسوقي (٣٢٦/٣).

(١) المعني لابن قدامة (٤/٣٣٥).

والجواب عنه – كما سبق – أنه ضعيف جداً لا ينهض حجة ولو فرضنا ثبوته فلا يدل على منع الحوالة، لأن معناه النهي عن عدم صرف المسلم فيه إلى شيء آخر، ولا يدل الحديث على منع الحوالة به أو عليه. ويتبيّن من خلال هذه المناقشة الموجزة ضعف الحجج التي بني عليها المانعون، حيث لم تتصمد أمام المناقشة.

أما المجازيون للحوالة بذمته السلم، أو عليه فحجتهم قوية – كما سبق – .

وقد يرد تساؤل حول حق المحال في الحفاظ على حقه إذا قلنا إن المحيل تبرأ ذمته بمجرد الحوالة، وأن المحال عليه (المسلم) يمكن أن ينفسح سلمه للأسباب المقبولة شرعاً في الفسخ أو الإقالة، وحيثند ماذا يفعل المحال في الحفاظ على حقه؟

للجواب عن ذلك نقول: إن هذه المسألة تحتاج إلى تفصيل لأن لها شقين:

الشق الأول: هل تبرأ ذمة المحيل إذا تمت الحوالة بشروطها؟

للجواب عن ذلك نقول: إن فيها اختلافاً كبيراً بين الفقهاء:

١ – حيث ذهب الحسن في رواية، وشريح، وزفر إلى أن الحوالة لا يترتب عليها براءة ذمة المحيل مطلقاً، بل تبقى ذمته مع ذمة المحال عليه مشغولة كالكفالة^(١).

٢ – وذهب أبو حنيفة إلى أن المحatal لا يرجع إلى المحيل إلا بالتوري^(٢) وهو بأحد أمرين: أن يجحد المحال عليه الحوالة، ويحلف ولا

(١) فتح الباري (٤٦٤/٤)، والمغني لابن قدامة (٤/٥٨٠).

(٢) التوري على وزن الحصى بمعنى الهلاك، المصباح مادة (توري).

بينة للمحتال والمحتيل ، أو يموت مفلساً بغير دين ، ولا عين ، ولا كفيل .

٣ - وأضاف صاحباه إليهما: حالة ثالثة وهي أن يحكم بإفلاسه
الحاكم في حياته^(١) .

٤ - وذهب الثوري إلى أنه يرجع على المحتيل في حالة الموت
فقط^(٢) .

٥ - وذهب الحسن في رواية، وفتادة إلى أنه إذا كان يوم أحال عليه
مليئاً لم يكن له حق الرجوع على المحتيل^(٣) .

٦ - وذهب مالك إلى أن المحال لا يرجع على المحتيل وإن أفلس
المحال عليه ، أو جحد بعد الحالة غير أن مالكاً استثنى حالتين هما :

الحالة الأولى: أن يعلم المحتيل بإفلاسه فقط دون المحال ، فحينئذ له
الرجوع عليه ، لأنه غره ، قال الدردير: «والظاهر أن الظن القوي كالعلم ،
ومثل علمه بإفلاسه علمه بذلك ، أو عدمه — أي فقره»^(٤) .
وهناك رواية عن أحمد بمثل هذا القول^(٥) .

الحالة الثانية: أن يشترط المحال على المحتيل أنه إذا أفلس المحال
عليه يرجع على المحتيل فله شرطه ، قال الدسوقي: «ونقله الباقي كأنه
المذهب ، وقال ابن رشد: هذا صحيح ولا أعلم فيه خلافاً»^(٦) .

(١) حاشية ابن عابدين (٤/٢٩٣).

(٢) فتح الباري (٤/٤٦٤).

(٣) صحيح البخاري — مع الفتح — (٤/٤٦٤).

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٢٨/٣).

(٥) المغني (٤/٥٨١).

(٦) حاشية الدسوقي (٣٢٨/٣) لكن الدسوقي بعد نقله هذا الكلام عن ابن عرفة قال: =

وذهب وجه للشافعية إلى مثل هذا^(١).

٧ — وذهب الشافعية، والحنابلة في المشهور عنهم إلى أن الحوالة تبرئ ذمة المحيل إذا جرت بشروطها — من رضا الأطراف — ولا سيما المحيل والمحال، وفي المحال عليه خلاف — ومن كون الدين ثابتاً، أو مستقراً، وتماثل الدينين أو أن لا يكون ما على المحال عليه أقل — وحيثئذ ليس للمحال الحق في الرجوع عليه بأي حال من الأحوال^(٢).

فمسألة براءة ذمة المحيل عن الدين ليست منصوصاً عليها، ولا متفقاً عليها، بل الذي يظهر رجحانه هو أن ذمته إنما تبرأ بشروط وضوابط منها أن يكون المحال عليه ملائتاً وقت الحوالة كما اشترط ذلك النص النبوي الشريف، ومنها أن لا يموت أو يفلس قبل أداء الدين، وأن لا يشترط المحال حق الرجوع إليه مطلقاً.

الشق الثاني: أن دين المسلم في حالة فسخه يبقى في ذمة المسلم من خلال الثمن، لأنه قد استلم الثمن فعلاً، فإذاً أن يدفع المسلم فيه بشروطه ومواصفاته وحيثئذ يتسلمه المحال كما هو بدلاً من دينه الذي كان على المحيل (المسلم إليه) أو تحدث ظروف تؤدي إلى فسخ السلم بشروطه،

«فيه نظر، لأن شرطه هذا مناقض لمقتضى العقد، وأصل المذهب في الشرط المناقض للعقد أن يفسده. تأمل». لكن الحقيقة ليس في هذا الشرط تناقض لمقتضى العقد.

(١) جاء في الروضة (٤/٢٣٢): «فلو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الإفلاس أو الجحود فهل تصبح الحوالة والشرط، أم الحوالة فقط أم لا يصحان؟ فيه وجهه هذا إذا طرأ الإفلاس، فلو كان مفلساً حال الحوالة، فال صحيح المنصوص: أنه لا خيار للمحتال سواء شرط يساره أم أطلق، وفيه وجه يثبت خياره في الحالين، وفي وجه يثبت أن شرط فقط، واختار الغزالي الثبوت مطلقاً...».

(٢) الروضة (٤/٢٣٢—٢٣١)، والمغني (٤/٥٨٠—٥٨١).

وحيئذ يتسلم الثمن، وإذا وجد نقص في دينه فإنه يرجع إلى المحيل بناءً على الرأي القائل بعدم براءة ذمته – كما سبق – .

وهناك حل آخر، وهو جواز الإعتراض عنه، بل بيعه لآخر بشرطه كما سبق.

ومن هنا فلا مانع أن يشترط في الحالة على دين السلم، أو به أن يوضع هذا الشرط، وهو أنه في حالة نقص المسلم فيه عن الدين فإن المحال يرجع إلى المحيل تحقيقاً للعدالة، كما أن المحال ينبغي أن يحتاط لنفسه فلا يقبل إلا في حدود الثمن إلا إذا كان المسلم مليئاً معروفاً بقدرته على الوفاء.

الاحتمال الرابع :

أنه إذا انفسخ عقد السلم بآقالة^(١)، أو غيرها، فهل يجوز أن يأخذ عن دين السلم عوضاً من غير جنسه؟

هذه المسألة ذكر فيها العلامة ابن القيم وجهين:

أحدهما: أنه لا يجوز ذلك حتى يقابله، ثم يصرفه فيما شاء، وهذا اختيار الشريف أبي جعفر، وهو مذهب أبي حنيفة.

والثاني: يجوز أخذ العوض عنه، وهو اختيار القاضي أبي يعلى، وشيخ الإسلام ابن تيمية، وهو مذهب الشافعي، وهو الصحيح، فإن هذا عوض مستقر في الذمة فجائز المعاوضة عليه كسائر الديون من القرض وغيره. وأيضاً فهذا مال رجع إليه بفسخ العقد فجاز أخذ العوض عنه كالثمن في المبيع.

(١) جاء في المغني (٤/٣٣٦): «قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة» وأما في بعضه فمحل خلاف.

وأيضاً فحدث ابن عمر في المعاوضة عما في الذمة صريح في الجواز^(١).

وهؤلاء المانعون استدلوا بالحديث السابق وهو: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره...» وقد سبق أن الحديث ضعيف جداً لا ينطوي على حجة، وأنه يحمل معانٍ أخرى كما سبق، قال ابن القيم: « ولو صح لم يتناول محل النزاع، لأنَّه لم يصرف المسلم فيه في غيره وإنما عاوض عن دين السلم بغيره، فأين المسلم فيه من رأس مال السلم»^(٢).

واستدلوا كذلك بأنه مضمون على المسلم إليه بعقد السلم فلم تجز المعاوضة عليه قبل قبضه وحيازته كالمسلم منه.

ويجب عنه بأنْ قياسكم المنع على نفس المسلم فيه، فالكلام فيه أيضاً قد تقدم، وأنه لا نص يقتضي المنع، ولا إجماع ولا قياس.

قال ابن القيم: «ثم لو قدر بتسليمك لكان الفرق بين المسلم فيه، ورأس مال السلم واضحاً، فإنَّ المسلم فيه مضمون بنفس العقد، والثمن إنما يضمن بعد فسخ العقد فكيف يلحق أحدهما بالآخر؟ فثبتت أنه لا نص في المنع، ولا إجماع، ولا قياس»^(٣).

ثم بين ابن القيم حكم رأس المال في السلم بعد الفسخ حكم سائر الديون، ولذلك لا يجوز أن يجعل سلماً في شيء آخر، وأنه إذا أخذ فيه أحد

(١) شرح سنن أبي داود للحافظ ابن القيم بهامش عون المعبود (٣٦٠/٩)، ويراجع مذهب أبي حنيفة في: حاشية ابن عابدين (٤/٢٠٩)، لكنه أجاز الاستدال في حالة كون عقد السلم فاسداً.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) شرح سنن أبي داود لابن القيم (٩/٣٦١ - ٣٦٠)، ويراجع المذهب الشافعي في الروضة (٣/٤٩٣).

النقددين عن الآخر وجب قبض العوض في المجلس، لأنه صرف بسعر يومه، لأنه غير مضمون عليه، وإن عاوض عن المكيل بمكيل، أو عن الموزون بموزون من غير جنسه كقطن بحرير، أو كتان وجب قبض عوضه في مجلس التعويض.

وإن بيع بغير مكيل، أو موزون كالعقار والحيوان فهل يشترط القبض في مجلس التعويض؟ فيه وجهان: أصحهما: لا يشترط، وهو من موصى به أئمـةـ الـسـنـةـ . والثاني: يشترط...^(١).

قال ابن القيم: «ونظير هذه المسألة: إذا باعه ما يجري فيه الربا كالحنطة مثلاً بثمن مؤجل فحل الأجل فاشترى بالثمن حنطة أو مكيلآ آخر من غير المجلس مما يمتنع ربا النساء بينهما، فهل يجوز ذلك؟ فيه قولان: أحدهما: المنع، وهو المأثور عن ابن عمر، وسعيد بن المسيب، وطاوس، وهو مذهب مالك، وإسحاق.

والثاني: الجواز، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة^(٢)، وبه قال جابر بن زيد، وسعيد بن جبير، وعلي بن الحسين، وهو اختيار صاحب المغني^(٣) وشيخنا...^(٤).

ثم قال: «والصحيح الجواز، لما تقدم، قال عبد الله بن زيد: قدمت على علي بن حسين، فقلت له: (إنـيـ أـجـدـ نـخـلـيـ،ـ وـأـبـيـ مـمـنـ حـضـرـنـيـ التـمـرـ

(١) شرح سنن أبي داود لابن القيم بهامش عون المعبد (٣٦١/٩).

(٢) يراجع: حاشية ابن عابدين (٤/٢١٠)، والروضة (٣/٤٩٣)، وجد (٤/٢٩)، ويراجع المدونة (٤/٦٩—٧٩).

(٣) المغني لابن قدامة (٤/٣٣٧).

(٤) شرح سنن أبي داود (٩/٣٦١).

إلى أجل يقدمون بالحظة، وقد حل الأجل فيوقفونها بالسوق، فأبتابع منهم، وأقاصهم؟ قال: لا بأس بذلك، فإذا لم يكن منك على رأي) — يعني إذا لم يكن حيلة مقصودة — . فهذا شراء للطعام بالدرهم التي في الذمة بعد لزوم العقد الأول، فصح، لأنه لا يتضمن ربا نسيئة ولا تفاضل، والذين يمنعون ذلك يجرون أن يشتري منه الطعام بدرهم، ويسلمها إليه، ثم يأخذها منه وفاءً أو نسيئة منه بدرهم في ذمته، ثم يcacبه بها، ومعلوم أن شراءه الطعام منه بالدرهم التي في ذمته أيسر من هذا، وأقل كلفة والله أعلم^(١).

والخلاصة: أن الإقالة جائزة في عقد السلم بالاتفاق، وأن المسلم إليه (المشتري) له الحق في أن يأخذ بدل رأس ماله (دينه) أي شيء من المسلم، مع ملاحظة قواعد الصرف فيما لو كان رأس ماله نقداً، ويأخذ الآن نقداً آخر مكانه، أما لو كان رأس ماله عيناً فيسترد مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً.

وكذلك له الحق في أن يشتري برأس مال السلم — بعد فسخه أي شيء آخر مع ملاحظة قواعد الربا في النقود والطعام، ولكنه لا يجوز له أن يشتري به ديناً نسيئة، لأنه لا يجوز بيع الدين النسيئة.

وله الحق في الحوالة، والتولية والإشراك، والصلح ونحو ذلك، كما سبق.

صور من بيع الدين المعاصر بناء على ما أسبن إلى الشافعية!

يلاحظ أن بعض البلاد التي يسود فيها المذهب الشافعي تقوم بعض مؤسساتها المالية الإسلامية ببيع دين المرابحة، وحتى بعض علمائها أحل

(١) شرح سنن أبي داود بهامش عون المعبود (٣٦١/٩ - ٣٦٢).

معاملات شبيهة بخصم الكمبيالات (سندات الدين) التجارية، فمن هذه الصور أن يقوم المصرف اليوم ببيع سلعة بالمرابحة إلى أحمد بثمن مقدر بعشرة آلاف دولار (مثلاً) لمدة سنة، وحينئذ يتحول الثمن إلى دين يستحق الأداء بعد سنة موثق بسندات القبض، وعندئذ يقوم المصرف ببيع تلك السندات على محمود حالاً أو في زمن أقل من السنة مثلاً بمبلغ أقل من دين المرابحة، ثم يقوم محمود باستيفاء الدين كاملاً (قيمة الصفقة السابقة بين المصرف وأحمد) بعد انتهاء مدته.

تحقيق مذهب الشافعية في بيع الديون :

وبالرجوع إلى المصادر المعتمدة في المذهب الشافعي نرى أن خلافه ليس في بيع الدين بالدين على التفصيل الذي ذكرناه، وإنما خلافه في بيع الدين بالعين، كما ظهر ذلك من خلال ما نص عليه الشافعي وفقهاء المذهب، فقد جاء في الأم: (من سلف في طعام موصوف فحل السلف، فإنما له طعام في ذمة باعه، فإن شاء أخذه به كله حتى يوفيه إياه، وإن شاء تركه كما يترك سائر حقوقه إذا شاء، وإن شاء أخذ بعضه وأنظره ببعض، وإن شاء أقاله منه كله . . .) ثم قال: (فالقياس والمعقول مكتفى به فيه). كما ذكر عدة آثار تدل على ذلك^(١).

وقد لخص الأئمة الشيرازي والرافعي والنwoي مذهب الإمام الشافعي في بيع الديون، جاء في المذهب: (وأما الديون فينظر فيها فإن كان الملك عليها مستقرًا كغراة المترافق، وبدل القرض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض، لأن ملكه مستقر عليه، فجاز بيعه كالمبيع بعد القبض).

وهل يجوز من غيره؟ فيه وجهان:

(١) الأم، ط دار المعرفة — بيروت (١٣٢/٣).

أحدهما: يجوز، لأن ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كاللوديعة.

والثاني: لا يجوز، لأنه لا يقدر على تسليمه إليه، لأنه ربما منعه، أو جحده، وذلك غرر لا حاجة به إليه فلم يجز.

وال الأول أظهر، لأن الظاهر أنه يقدر على تسليمه إليه من غير منع ولا جحود، وإن كان الدين غير مستقر نظرت فإن كان مسلماً فيه لم يجز بيعه.

وإن كان ثمناً في بيع ففيه قولان: قال في الصرف: (يجوز بيعه قبل القبض لما روى ابن عمر، قال: «كنت أبيع الإبل بالبقع^(١) بالدنانير فأخذ الدرهم وأبيع بالدرهم فأخذ الدنانير، فقال رسول الله ﷺ: لا بأس بذلك ما لم تتفرقا وبينكما شيء»^(٢) ولأنه لا يخشى من انفساخ العقد فيه بالهلاك فصار كالبيع بعد القبض.

وروى المزني في جامعه الكبير أنه لا يجوز...^(٣)

وقال النووي في شرحه: «وهل تجوز الحوالة به بأن يحيل المسلم إليه المسلم بحقه على من له عليه دين قرض، أو إتلاف، أو الحوالة عليه بأن يحيل المسلم من عليه قرض دين أو إتلاف على المسلم؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: لا. والثاني: نعم. والثالث: لا يجوز عليه، ويجوز به... ثم قال: فإذا باع بدراهم أو دنانير في الذمة ففي الاستبدال عنها طريقان:

(١) جاء في المجمع (٢٧٣١٩) وقوله بالبقع هو بالياء الموحدة وإنما قيده لأنني رأيت من يصحفه.

(٢) الحديث رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والنسائى والحاكم وغيرهم وصححه النووي وغيره كما سبق وضيقه الألبانى في الإرواء (٥/١٧٣).

(٣) المذهب مع شرح المجمع (٩/٣٧٢).

أحدهما: القطع بالجواز.. وأما الأجرة فكالثمن، وأما الصداق وبدل الخلع، فكذلك إن قلنا: إنهم مضمونان ضمان العقد، وإلا فهما كبدل الإتلاف.

ثم قال: وإن جوزنا الاستبدال فلا فرق بين بدل وبدل، ثم ينظر إن استبدال ما يوافقهما في علة الربا كدناير عن دراهم اشترط قبض البدل في المجلس، وكذا إن استبدل عن الحنطة المبيعة شعيرًا إن جوزنا ذلك».

وفي اشتراط تعيين البدل عند العقد وجهان:

أحدهما: يشرط، وإلا فهو بيع دين بدين.

وأصحهما: لا يشرط كما لو تصارفا في الذمة، ثم عينا وتقابضا في المجلس. وإن استبدل ما ليس موافقاً لها في علة الربا كالطعام والثياب عن الدرارهم نظر: إن عين البدل والاستبدال جاز.

وفي اشتراط قبضه في المجلس وجهان:

صحح الغزالى وجماعة الاشتراط هو ظاهر نصه في المختصر.

وصحح الإمام البغوي عدمه.

قلت: هذا الثاني أصح، وصححه الرافعى في المحرر. وإن لم يعين بل وصف في الذمة، فعلى الوجهين السابقين، وإن جوزناه اشترط التعيين في المجلس. وفي اشتراط القبض الوجهان.

ثم قال: وأما دين القرض والإتلاف فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف كما لو كان له في يد غيره مال بغضب، أو عارية فإنه يجوز بيعه له، ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال ويجوز عكسه.

وهذا الذي ذكرناه كله في الاستبدال وهو بيع الدين ممن هو عليه، فاما بيعه لغيره كمن له على رجل مائة فاشترى من آخر عبداً بتلك المائة، ففي

صحته قولان مشهوران:

أصحهما: لا يصح لعدم القدرة على التسليم.

والثاني: يصح بشرط القبض في المجلس.

ثم قال: «ولو كان له دين على إنسان ولآخر مثله على ذلك الإنسان فباع أحدهما ما له عليه بما لصاحبه، لم يصح سواء اتفق الجنس أو لا، لنهيه عَنْ بَعْدِ الْمُكَالَةِ عن بيع الكالىء بالكالىء»^(١).

وهذا الكلام هو ملخص لما ذكره الرافعى في شرح الوجيز^(٢) وعليه نصوص الكتب الشافعية^(٣) حيث تدل على أنه ليس هناك خلاف للشافعية في عدم جواز بيع الدين بالدين، وأن قواعد الصرف تنسحب على كل التعامل الذي يجري بالدين أو غيره حيث يتشرط فيه التماثل والتقابض في المجلس إذا كانوا من جنس ربوى واحد، والتقابض في المجلس إذا كانوا من جنسين ربوين مختلفين، أما إذا كانوا من غير ذلك فتطبق عليه القواعد العامة في البيع، بأن كان الدين دراهم ودنانير (النقود) والمستبدل عنه طعاماً، أو غيره من القيمة، أو المثليات (ما عدا النقود) فيجوز البيع زيادة ونقصاناً ودون الحاجة إلى القبض في المجلس.

وأما إذا كان الدين غير النقود بأن باع بغيرها في الذمة، مثل أن باع جمله بسيارة موصوفة في الذمة فيجوز الاستبدال عنها بأي شيء آخر على أحد الوجوه^(٤).

(١) المجموع (٩/٢٧٣ - ٢٧٥).

(٢) فتح العزيز (٨/٤٣١ - ٤٣٩).

(٣) روضة الطالبين (٣/٥١٢)، والمنهاج مع شرحه للعلامة المحلي، وحاشيتي القليوبى وعميره، ط عيسى الحلبي بالقاهرة (٢١٤/٢).

(٤) فتح العزيز (٨/٤٣٥).

جاء في المنهاج وشرحه للمحلبي : « ولا يشترط في الأصح القبض للبدل في المجلس إن استبدل ما لا يوافق في العلة للربا كثوب عن دراهم ، كما لو باع ثواباً بدراهم في الذمة ، لا يشترط قبض الثوب في المجلس ، والثاني يشترط لأن أحد العوضين دين ، فيشترط قبض الآخر في المجلس كراس مال السلم ^(١) . »

وأما بيع الدين لغير من عليه الدين ففيه خلاف بين الشافعية على قولين ، أحدهما يصح ، والآخر لا يصح ، مع خلاف في الترجيح لأحدهما ، وعلى القول بالصحة قال المحلبي : « يشترط عليه قبض العوضين في المجلس ، فلو تفرقا قبل قبض أحدهما بطل البيع . كذا في الروضة وأصلها كالتهدیب ، وفي المطلب أن مقتضى كلام الكثیرین يخالفه ^(٢) ، قال القليوبی معلقاً على ما هو المعتمد في الروضة وأصلها : « وعلم أنه لا فرق بين ما اتفقا في علة الربا وعدمه وعلى المعتمد الذي اقتضاه كلام الشیخین ^(٣) ولكن النووی في زیادات الروضة قال : « الأظهر الصحة » أي دون الحاجة إلى القبض في المجلس ^(٤) . »

الخلاصة :

فعلم مما سبق أن ما جرى من تلك الدولة من بيع الدين المؤجل لشخص آخر بثمن معجل أقل من الدين لا يجوز أبداً عند الشافعية ، وليس عليه أي قول من أقوال الإمام الشافعی ، ولا وجه من وجوه أصحابه ، وإنما

(١) شرح المنهاج للمحلبي (٢١٤/٢) .

(٢) شرح المحلبي ، مع حاشية القليوبی وعمیرة (٢١٥/٢) ، ويراجع الروضة (٥١٣/٣) .

(٣) المصدر السابق نفسه .

(٤) الروضة (٥١٤/٣) .

هو نابع من عدم فهم بعض العبارات المطلقة الواردة في جواز بيع الدين دون الخوض في مرادها وما تتطلبها قواعد المذهب في مسائل الصرف ونحوها.

كما أن ذلك لا يجوز عند أحد من الفقهاء السابقين – حسب علمي – بل هو داخل في ربا النسبة، ولا يختلف عن سندات الدين التي صدر بحظرها قرارات المجمع الفقهية. هذا والله أعلم.

خلاصة أحكام التصرف في الدين

ينقسم التصرف في الدين إلى تصرف من الدائن، وتصرف من المدين، ثم إن التصرف من الدائن قد يكون مع المدين نفسه أو مع غيره.

١ - تصرف الدائن في دينه، للدين نفسه أو لغيره:

التصرف في الدين إذا كان بتمليكه للدين نفسه فإذا أن يكون الدين مملوكاً للدائن بصورة مستقرة، كبدل القرض وثمن المبيع والمهر بعد الدخول، وإنما أن يكون ملكه له غير مستقر كالأجرة قبل استيفاء المنفعة والمهر قبل الدخول.

١/١ - تصرف المدين في الدين للدين نفسه فيما ملكه مستقر

عليه:

لا خلاف بين الفقهاء في جواز تملك الدائن للدين نفسه ديناً استقرت ملكيته، لأن ذلك التصرف يقع من المالك فيما استقر ملكه عليه وهو من قبيل الاستبدال (البيع) أو الهبة (الإسقاط) والدليل على ذلك من السنة قول ابن عمر رضي الله عنه: كنت أبيع الإبل بالدنانير وأخذ مكانها الدرارهم وأبيع بالدرارهم وأخذ مكانها الدنانير، فأتيت النبي ص فسألته عن ذلك فقال: «لا بأس إذا تفرقتا وليس بينكمَا شيء».

٢/١/١ - ويستثنى من جواز تملك الدين بعوض — عند جمهور الفقهاء — بدل الصرف ورأس مال السلم، فلا يجوز التصرف فيهما قبل القبض، لأن ذلك يخل بشرط صحتهما وهو القبض قبل الافتراق وإذا باع الذهب الذي في الذمة بفضة اشترط قبضها في المجلس.

١/٢/١ - وفي تملك الدين للمدين يجوز عند بعض الفقهاء أن يكون العوض نفسه ديناً ويسمى ذلك: تطاحن الدينين، وهو أن يبيع ديناً له بدين عليه للمدين ولكن شريطة حلول أجل الدينين وبراءة الذمتيين، إذ يعتبر حلول الأجلين بمثابة التقادم، ولذا يسمى هؤلاء الفقهاء هذه المعاملة: (الصرف في الذمة). وأما حديث النهي عن بيع الكالىء بالكالىء — أي الدين بالدين — فالمراد الدين الواجب بالدين الواجب أي السلف المؤجل من الطرفين. وهما دينان ساقطان، وليس في تحريم ذلك نص ولا تترتب في هذا مفسدة بيع الدين بالدين (حيث تبقى الذمة مشغولة مع وجود العقد، والمقصود من العقود القبض فلم يحصل)، أما هنا فقد حصلت باليبيع براءة كل منهما من دين صاحبه.

٢/٢/١/١ - كما يجوز أيضاً عند بعض الفقهاء تملك الدين بجعله رأس مال للسلم، لأنه قبض حكمي، فلم يتحقق فيه انتفاء قبض رأس مال السلم، لأنه بالتملك للمدين صار مقبوضاً فارتفع المانع. ويسمى هذا (بيع الساقط بالواجب).

٣/٢/١/١ - في حالة بيع الدائن دينه إلى المدين نفسه بشيء موصوف في الذمة يشترط قبض العوض قبل التفرق كيلا يكون بيع دين بدين. أما إذا كان العوض شيئاً معيناً فلا يشترط قبضه اكتفاء بتعيينه.

٢/١ - تصرف المدين في الدين للمدين نفسه فيما لم يستقر ملكه عليه:

التصرف من الدائن مع المدين في دين غير مستقر الملك ، كالأجرة قبل استيفاء المنفعة ، والمسلم فيه ، والمهر قبل الدخول إذا كان بغير عوض فهو جائز ، لأنه إسقاط . إما بعوض فيختلف الحكم في السلم عن غيره .

١/١ - بيع السلم : يجوز عند بعض الفقهاء الاعتياد عن الدين المسلم فيه إذا كان بثمن المثل أو دونه لا أكثر منه . لأنه لا يندرج بهذا القيد في جر منفعة بالسلف . أما إذا كان بأكثر ففيه ذلك المحذور . وبعض الفقهاء منع ذلك مطلقاً لأن دين السلم غير مستقر لاحتمال فسخه بانقطاع المسلم فيه فلا يصح البيع أصلاً .

٢/١ - غير دين السلم من الديون التي لم يستقر ملك الدائن لها يجوز الاستبدال عن تلك الديون .

٢ - تملك الدائن دينه لغير مدينه :

يجوز عند بعض الفقهاء تملك الدائن دينه لغير مدينه بعوض وبغير عوض إذا انتفى غر العجز عن تسليمه ، ولم يقترن به شيء من المحظورات كربا النسية ، وبيع الدين بالدين .

٣ - تصرف المدين في دينه :

يتم هذا عن طريق الحوالة ، وأحكامها معروفة .

وفي جميع الأحوال لا يجوز بيع الدين لغير من هو عليه بأقل من قدره نظير الأجل الذي ينظر إليه مشتري الدين ، (خصم الكمبيالات والسنادات) لأن هذا من الربا المحرم .

هذا ، والله أعلم بالصواب .



رَفِعَ
عَنِ الرَّحْمَنِ (الْجَنَّةِ)
أَكْلَمَ (اللَّهُ) (الْفَرْوَانِ)

التأمين على الحياة والضوابط الشرعية

لعقود التأمين على الحياة

(التكافل الإسلامي لحماية الورثة وحالات الضعف)

تمهيد:

مما لا ريب فيه أن جميع الأديان السماوية الحقة تدعى إلى الخير والتعاون، غير أن الإسلام قد أعطى عناية كبرى للتعاون والتناصر على الحق والخير، والعدل، وحسني الدنيا والآخرة، حيث نادى كل مؤمن إلى: «وَنَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالنَّقْوَىٰ وَلَا نَعَاوَنُوا عَلَى الْأَثْمِ وَالْمَذْوَنَ»^(١).

ولم يكتف الإسلام بمجرد الدعوة إلى التعاون والتكافل، بل شرع لأجل تحقيقه مجموعة من الأحكام، فجعل الصدقات المفروضة ركناً من أركان الإسلام، وفرض النفقات، والكافارات، والحقوق والالتزامات التي لو طبقت لتحقق التكافل الحقيقي، وأصبح كل فرد يعيش في ظل دولة الإسلام في أمن وأمان ورفاهية وعيش كريم، إضافة إلى واجبات الدولة المسلمة نحو كل من يعيش في ظلالها، ولكن الإسلام له منهجه في تقرير الأشياء على ضوء رؤيته لمسيرة الفرد والمجتمع بما يحقق المصالح الحقيقية لهما، ويدرأ عنهم المضار والخسائر والمحاسد، ولذلك يضع الضوابط والقيود التي قد تتعارض في الظاهر مع المصالح المohoمة لكنها عند

(١) سورة المائدة: الآية ٢.

التحقيق وفي المال ستنكشف الخفايا، ويتبين للجميع أن ما قرره الإسلام هو الحق.

ومن هنا فإذا نظرنا إلى التأمين كفكرة لتحقيق التعاون، ودفع شرور العوز وال الحاجة والعجز، ولتفتيت المخاطر بين جماعة فإن هذه الفكرة مقبولة شرعاً، بل مطلوبة، لكننا لو نظرنا إليه من حيث عقوده وصوره العملية الحالية في الفكر الرأسمالي الذي لا يبحث إلا عن تحقيق الربح بأية وسيلة ممكنة دون النظر إلى الحلال والحرام، بل ولا إلى القيم والمثل العليا.

ولذلك على المفكرين والفقهاء وأصحاب المال الإسلاميين أن يبحثوا — وقد بحثوا — هذا الموضوع من جانبيين :

الجانب الأول :

استيعاب عقود التأمين، ثم تبيان ما لا يتفق منها مع المبادئ الإسلامية، والخوض فيها بعمق مع ملاحظة كل الظروف والملابسات التي تحيط بها، لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره.

الجانب الثاني :

إن مبدأ التعاون ما دام مشروعًا، ومطلوبًا في شريعتنا الغراء، علينا جميعاً أن نصيغه صياغة إسلامية، وأن نضعه في إطار عقود ونظم تحقق هذا الغرض المنشود على أكمل وجه، لأن هذه الشريعة ما تركت مصلحة حقيقة إلا وأقرتها، ولا مفسدة إلا وحظرها فهي مصلحة كلها، عدل كلها، رحمة كلها.

وهذا ما تهدف إليه المؤسسات الإسلامية وبالأخص بيت التمويل الكويتي حيث خصص جزءاً طيباً من وقت الندوة الفقهية الثالثة لمناقشة فكرة التأمين على الحياة، وكلغبني بالبحث فيه، وبعد أن أقرت الفكرة عاد ليطلب

مني – ومن غيري – من المتخصصين في الفقه الإسلامي والاقتصاد صياغة عقوده وصوره العملية حتى تناقش مع ضوابطها الشرعية في الندوة الفقهية الرابعة التي ستعقد قريباً بالكويت – إن شاء الله –.

ومن الجدير بالتنويه به أن الفكر الاقتصادي الإسلامي قد خطأ خطوات عملية حادة نحو التطبيق الشامل، فقد طبقت فكرة البنوك الإسلامية بنجاح، ونريد لها مزيداً من التطوير.

وببدأ كذلك تطبيق التأمين الإسلامي وإعادة التأمين في كثير من مجالاته حتى بلغ عدد شركات التأمين الإسلامية أكثر من سبع عشرة شركة^(١) ونأمل أن تطبق فكرة التأمين على الحياة على ضوء مبدأ التكافل الإسلامي قريباً.

هذا وقد بذلنا في هذا البحث ما في وسعنا للوصول إلى عقود وصور عملية للتأمين على الحياة، وسميناها (التكافل الإسلامي لحماية الورثة وحالات الضعف) ولتوسيع الفروق والضوابط الشرعية لها.

(١) فشركات التأمين الإسلامية المباشرة هي: شركة التأمين الإسلامية في السودان، وشركة التكافل للتأمين الإسلامي في البحرين، وشركة البركة للتأمين في السودان، والشركة الإسلامية العربية للتأمين في الإمارات، وشركة البحرين الإسلامية للتأمين في البحرين، وشركة التأمين الإسلامية المحدودة في السودان، وشركة أ. تي. س. لوكمسبورغ، والشركة الإسلامية العالمية للتأمين في جدة، والشركة الوطنية للتأمين التعاوني في السودان، وشركة الراجحي للتأمين التعاوني في الرياض، وشركة EMINSIGRTA في تركيا، والشركة الإسلامية القطرية للتأمين بدولة قطر.

وأما شركات إعادة التأمين فهي: الشركة الإسلامية للتأمين وإعادة التأمين في البحرين وعملها بجدة، وبيت إعادة التأمين التونسي السعودي في تونس وشركة التكافل وإعادة التكافل الإسلامي في البهاما وعملها بجدة، وشركة شيخان للتأمين وإعادة التأمين في السودان ..

والله أسأل أن يجعل كل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم وأن يتقبلها منا بقبول حسن، فهو مولانا فنعم المولى ونعم النصير.

التعريف بالتأمين على الحياة

تمهيد:

قبل أن نذكر أحكام التأمين على الحياة علينا أن نعرف به، ونتصوره تصوراً دقيقاً، لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره، وبما أن التأمين على الحياة فرع من فروع التأمين على الأشخاص علينا أن نعرف بإيجاز، وأن نعرف بأنه قسم قسيم للتأمين من الأضرار.

التعريف بالتأمين على الأشخاص:

يراد بهذا المصطلح: التأمين من الأخطار التي تهدد الشخص في حياته، أو في سلامته أعضائه، أو صحته، أو قدرته على العمل، وبعبارة أخرى يكون خطر المؤمن منه متصلًا بالإنسان من حيث حياته، أو صحته، أو سلامته^(١).

ومن هنا يظهر أن أركانه:

التراسي، والمؤمن، وطالب التأمين، والمستفيد، والمحل الذي هو الخطر المتعلق بالإنسان.

(١) أ. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ط دار النهضة العربية (ج ٧/١٣٧٣)، أ. د: حسين حامد حسان: حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين. ط دار الاعتصام (ص ٣٤)، د. محمد يوسف الزغبي: عقود التأمين رسالة دكتوراه بكلية حقوق القاهرة ١٤٠٢ هـ - صفحة ١٦٤، د. غريب الجمال: التأمين التجاري، والبديل الإسلامي، ط دار الاعتصام (ص ٦٢).

وهذا النوع ليس جديداً، فقد وجد مع عقد التأمين البحري الذي ظهر منذ القرن الخامس عشر الميلادي كمؤسسة منظمة، حيث كانت عقود التأمين البحري تم لصالح السفينة وشحنتها مضافاً إليهما التأمين على حياة البحارة والقطبان، ثم استقل عقد التأمين على الأشخاص عن التأمين البحري، حيث عثر على بوليصة التأمين على الحياة عام ١٥٨٣ لصالح ريتشارد مارتن الإنجليزي لمدة اثني عشر شهراً^(١).

طبعته:

عقد التأمين على الأشخاص ليس له صفة تعويضية فلا يقصد بهذا النوع من التأمين التعويض عن ضرر سواء كان تأميناً على الحياة، أو تأميناً من المرض، أو من الإصابات أو غير ذلك. ولذلك لا يتشرط فيه توافر عنصر المصلحة على عكس التأمين من الأضرار ويتفرع على ذلك ما يأتي:

– التزام المؤمن بأي مبلغ للتأمين يذكر في الوثيقة دون النظر إلى أن الضرر الذي لحقه يعادل المبلغ أم لا، وإنما ينظر إلى وقوع الحادث المؤمن منه.

– جواز فقد عقود التأمين من خطر واحد والجمع بين مبالغ التأمين الواجبة بهذه العقود.

– الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض الذي قد يكون مستحقاً للمؤمن عليه.

(١) أستاذنا الدكتور ثروت عبد الرحيم: إعفاء المؤمن من ضمانات بعض الخيارات البحريّة، رسالة الدكتوراه بحقوق القاهرة عام ١٩٦٦ م (ص ٢)، د. نزيه المهدى: عقد التأمين، ط دار النهضة العربية، القاهرة الجزء السابع (ج ٢٢، ١٣٧٣)، د. محمد الدسوقي: التأمين و موقف الشريعة منه، ط المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة (ص ١٥).

— عدم حلول المؤمن محل المؤمن له في الرجوع على المسؤول وهذا ما نصت عليه المادة (٧٦٥ مدني القاهرة) على أنه «في التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذي دفع مبلغ التأمين حق في الحلول محل المؤمن له أو المستفيد في حقوقه قبل من تسبب في الحادث المؤمن منه، أو قبل المسؤول عن هذا الحادث».

وأما أساس هذا التقسيم فيعود إلى الغرض من التأمين بحيث إذا كان الغرض منه تعويض الأضرار المالية التي تلحق ذمة المؤمن له يسمى : التأمين من الأضرار، وكان عقد التأمين عقد تعويض، لأنه يهدف إلى تعويض المؤمن له عما يلحق ذمته المالية من ضرر فقط عند تحقيق خطر معين.

أما إذا كان مبلغ التأمين يدفع عند تحقق الخطر المؤمن منه دون النظر إلى حدوث الضرر كان التأمين على الأشخاص الذي يتعلق بالإنسان في حياته وصحته ولا يكون التأمين في هذه الحالة عقد تعويض، بل وعداً بدفع مبلغ التأمين عند حدوث واقعة معينة.

ومن جهة أخرى أن التأمين على الأشخاص يتعلق بشخص المؤمن له، لا بما له ، أما التأمين من الأضرار فإن الخطر المؤمن منه هو أمر يتعلق بمال المؤمن له ، لا بشخصه.

ويمكن تلخيص الفروق بين هذين النوعين من التأمين فيما يلي :

* ضرورة تحقق الضرر الفعلي في التأمين من الأضرار كما في المادة (٧٥١ مدني مصري) حيث تنص على أنه لا يلتزم فيه إلا عن الضرر الناتج من قوع الخطر .

ولا يشترط ذلك في التأمين على الأشخاص ، حيث لا يلزم استحقاق مبلغ التأمين إثبات خضر معين حيث تنص المادة (٧٥٤ مدني مصري) على أن

المبالغ التي يلتزم المؤمن في التأمين على الحياة بدفعها إلى المؤمن له أو إلى المستفيد عند وقوع الحادث المؤمن منه، أو حول الأجل المنصوص عليه في وثيقة التأمين تصبح مستحقة من وقت وقوع الحادث أو وقت حلول الأجل دون حاجة إلى إثبات ضرر أصاب المؤمن له أو أصاب المستفيد.

* تناسب التعويض مع الضرر في حالة التأمين على الأضرار (مادة ٧٥١ مدني مصرى ، ومادة ٨٠٠ مدني كويتى)

أما في حالة التأمين على الأشخاص فإن للمستفيد الحق في المطالبة بمبلغ التأمين المتفق عليه كاملاً، كما أنه يجمع بين مبلغ التأمين المستحقة كلها إذا كانت عنده أكثر من وثيقة.

* عدم الجمع بين مبلغ التأمين، ومبلغ التعويض في التأمين من الأضرار، أما في التأمين على الأشخاص فله الحق في الجمع بينهما.

* عدم الإمكانية في تحديد مقدار مبلغ التأمين من الأضرار مقدماً في وثيقة التأمين، لأنه يعتمد على وقوع الضرر ومقداره وهذا لا يتحقق إلا بعد تحقق الخطر المؤمن منه، وحيثذا يتحدد مبلغ التأمين بأقل القيمتين: المبلغ المتفق عليه، وقيمة الضرر (مدني ٧٥١ مدني مصرى ، و ٨٠٠ مدني كويتى).

أما في حالة التأمين على الأشخاص فيتحدد مبلغ التأمين مقدماً في وثيقة التأمين حسب الاتفاق ولا يجوز تخفيضه حتى ولو ثبت أن الضرر أقل.

* عدم العناية بشخصية المؤمن له في التأمين من الأضرار بينما التأمين على الأشخاص ينظر فيه إلى شخصية المؤمن له من حيث الحالة الصحية والعمر ونحو ذلك.

أنواع التأمين على الأشخاص

ثم إن التأمين على الأشخاص له ثلاثة أنواع :

النوع الأول : التأمين على الحياة :

وهو موضوع بحثنا .

النوع الثاني : التأمين من الإصابات :

وهو عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن في مقابل أقساط التأمين أن يدفع للمؤمن له أو للمستفيد في حالة موت المؤمن له مبلغ التأمين في حالة ما إذا لحقت المؤمن له إصابة بدنية وبأن يرده مصروفات العلاج والأدوية كلها أو بعضها .

وعادة يختلف مبلغ التأمين باختلاف ما أفضت إليه الإصابات البدنية حيث قد تفضي إلى موت المؤمن له أو إلى عجزه الدائم عن العمل عجزاً كلياً أو عجزاً جزئياً أو عجزاً مؤقتاً^(١) .

وهذا النوع لأنه اعتبر من التأمين على الأشخاص لا يخضع لمبدأ التعويض فيما تدفعه شركة التأمين للمؤمن له أو لورثته وفي الوقت نفسه له شبه بالتأمين من الأضرار لذلك يخضع لمبدأ التعويض فيما تدفعه شركة التأمين للمؤمن له من نفقات العلاج لذلك يعتبر تأميناً مزدوجاً^(٢) .

والخطر المؤمن منه لا بد أن يكون إصابة بدنية كجروح أو بتر عضو أو إزهاق روح وأن تكون غير معتمدة من المؤمن له أو المستفيد وأن تكون بتأثير سبب خارجي مفاجيء وأن تقام علاقة السببية بين السبب الخارجي المفاجيء والإصابات البدنية^(٣) .

(١) د. السنهوري : الوسيط (١٣٧٩/٢/٧) .

(٢) المرجع السابق نفسه ، د. الزغبي : المرجع السابق (ص ١٦٦) .

(٣) د. السنهوري الوسيط (١٣٨٢/٢/٧) .

النوع الثالث : التأمين من المرض :

وهو عقد موجبه يلتزم المؤمن له أقساط التأمين للمؤمن الذي يتعهد في حالة ما إذا مرض المؤمن له في أثناء مدة التأمين بأن يدفع له مبلغًا معيناً دفعه واحدة أو على أقساط وبأن يرد له مصروفات العلاج والأدوية كلها أو بعضها حسب الاتفاق .

وهذا النوع أيضاً مزدوج فهو تأمين على الأشخاص من حيث تعلقه بالمبلغ المعين الذي يدفعه للمؤمن له عند مرضه لأنه يجب دفعه كاملاً بصرف النظر عن مقدار الإصابة بسبب المرض لكنه في الوقت نفسه تأمين من الأضرار فيما يتعلق برد مصروفات العلاج والأدوية حيث ينظر فيه إلى التعويض .

والخطر المؤمن منه قد يشمل جميع الأمراض وقد يقتصر على الأمراض الجسيمة أو على العمليات الجراحية أو بعض الأمراض دون بعض فإذا أصيب المؤمن له بمرض في أثناء مدة العقد وكان هذا المرض داخلاً في الأمراض المؤمن منها أو جب على المؤمن أن يدفع له مبلغ التأمين إما دفعه واحدة وإما على أقساط حسب الاتفاق، كما يجب عليه رد مصروفات العلاج والأدوية ونحوها حسب الاتفاق^(١) .

التأمين على الحياة^(٢)

هو عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن مقابل أقساط بأن يدفع لطالب التأمين أو لشخص ثالث مبلغًا من المال عند موت المؤمن على حياته أو عند بقائه حيًّا مدة معينة^(٣) .

(١) د. السنهوري: الوسيط (٢/٧ - ١٣٧٧ / ٢). (٢)

(٢) د. السنهوري: المرجع السابق (ج ٧/٢ - ١٤٣٨ / ٢)، والمراجع السابقة .

(٣) د. السنهوري: المرجع السابق (ج ٧/٢ - ١٣٨٩ / ٢)، د. الرغبي: المرجع السابق (ص ١٦٩) والمراجع السابقة .

يقول السنهوري: «ومبلغ التأمين إما أن يكون رأس مال يؤدى للدائن دفعة واحدة، وإما أن يكون إيراداً مرتبًا مدى حياة الدائن»^(١). وللتأمين على الحياة صور كثيرة تزداد يوماً بعد يوم مع تفنن شركات التأمين في إيجاد أنواع كثيرة وحالات مختلفة نذكر منها هنا أربع حالات وهي:

الحالة الأولى : التأمين لحالة الوفاة :

وهو عقد بموجبه يلتزم المؤمن في مقابل أقساط بأن يدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن على حياته^(٢).

وقد ذكر الأستاذ السنهوري ومن تبعه ثلاث صور:

الصورة الأولى : التأمين العمري أو لمدى الحياة: حيث يدفع المؤمن مبلغ التأمين للمستفيد عند وفاته على حياته، أي: إنه تأمين مرتبط بالعمر إذا انتهى. وهذه الصورة بمثابة ادخار إجباري يلتجأ إليها رب الأسرة إذا كان مورده الرئيسي هو كسب عمله حتى يكفل لزوجته وأولاده عند موته رأس مال أو إيراداً مرتبًا يقيهم شر العوز ويعيدهم من الفقر والتشريد^(٣).

ثم إن المؤمن له قد يدفع - حسب الاتفاق - قسط التأمين مرة واحدة وقد يجزئه إلى أقساط دورية مدى حياته، أو لمدة عشر سنوات، أو أكثر أو أقل، فإذا مات قبل انقضاء هذه المدة انتهى التزامه بدفع الأقساط واستحق

(١) د. السنهوري: المرجع السابق (١٣٨٩/٢).

(٢) المرجع السابق نفسه وراجع للمزيد من التفصيل: د. عبد الوهود يحيى: التأمين على الأشخاص، ط النهضة (ص ٦).

(٣) د. السنهوري: المرجع السابق (١٣٩١/٢)، د. الزغبي: المرجع السابق (ص ١٧)، د. حسين حامد: المرجع السابق (ص ٣٤) والمراجع السابقة.

المستفيد مبلغ التأمين، وإذا عاش بعد هذه المدة لا يدفع شيئاً فإذا هو مات بعد ذلك استحق المستفيد مبلغ التأمين.

ثم إن هذا النوع يكون عادة على حياة واحدة، ولكنه قد يكون على حياتهين، أو أكثر، أغلب ما يكون بين الزوجين حيث يلتزمان بدفع الأقساط الدورية مثلاً، ثم إن من ماتاً منهما أولاً يكون هو المؤمن على حياته ومن بقي حياً يكون المستفيد ويسمى هذا التأمين الرقمي أو التأمين المتبادل وبموجب أحدهما ينتهي التزامهما بدفع الأقساط^(١).

الصورة الثانية: (التأمين المؤقت): حيث يدفع فيه المؤمن مبلغ التأمين للمستفيد إذا مات المؤمن على حياته في خلال مدة معينة، فإن لم يمت فيها برئت ذمة المؤمن واستبقى أقساط التأمين التي قبضها^(٢).

وهذا النوع تم لمواجهة خطر معين يهدد الشخص دون أن يستحمل على عنصر الادخار، ولذلك يلجأ إليه من كان معرضاً في مدة معينة لأنخطار غير عادية مثل العمل في الطيران أو الملاحة أو المصانع النووية فيؤمّن على نفسه لمدة عشرة سنوات - مثلاً - فإذا لم يمت انتهى التزام الطرفين واستحق المؤمن ما أخذ من الأقساط^(٣).

الصورة الثالثة: (تأمين البقاء - أي بقاء المستفيد): وهو عقد يلتزم فيه المؤمن مقابل أقساط أن يدفع مبلغ التأمين للمستفيد المعين في العقد إذا بقي حياً بعد موت المؤمن على حياته، فإذا مات المستفيد قبل موت المؤمن على حياته انتهى التأمين، وبرئت ذمة المؤمن واستبقى الأقساط التي قبضها ومن

(١) د. السنهوري: الوسيط (١٣٩٢/٢/٧) والمراجع السابقة، ومراجع د. عبد الوهود يحيى: التأمين على الأشخاص (ص ٦).

(٢) المصادر السابقة نفسها.

(٣) المصادر السابقة نفسها.

هنا فإن بقاء المستفيد حيًا بعد موت المؤمن على حياته هو الذي يجعل مبلغ التأمين مستحقة للمستفيد^(١).

الحالة الثانية: التأمين لحالة البقاء (أي بقاء المؤمن على حياته):

وهو عقد يلتزم فيه المؤمن في مقابل أقساط، أن يدفع مبلغ التأمين في وقت معين إذا كان المؤمن على حياته قد ظل حيًا إلى ذلك الوقت، وحينئذ يستحق مبلغ التأمين إذا بقي على قيد الحياة، عند حلول الأجل المعين في وثيقة التأمين، أما إذا مات قبل ذلك فإن التأمين ينتهي وتبرأ ذمة المؤمن ويستبقى أقساط التأمين التي قبضها^(٢).

ويقول الأستاذ السنهوري: «ويلاحظ أن حق المستفيد في التأمين المؤقت وفي تأمين البقاء حق احتمالي لا حق مؤكد»^(٣).

وهذه الحالة قد يكون التأمين فيها بمبلغ مؤجل أو براتب دوري مدى حياة المستفيد (المؤمن له).

الحالة الثالثة: (التأمين المختلط):

هو عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بدفع مبلغ التأمين — رأس مال — أو إيراد مرتبًا — إلى المستفيد في مقابل إذا مات المؤمن على حياته في خلال مدة معينة أو أبى المؤمن على حياته نفسه إذا بقي هذا حيًا عند انقضاء هذه المدة.

(١) د. السنهوري: المرجع السابق (٢/٧) (١٣٩٥).

(٢) المرجع السابق نفسه والمرجع السابقة.

(٣) د. السنهوري: الوسيط (٧/٢) (١٣٩٩)، د. الزغبي المرجع السابق (ص ١٨٠).

وهو تأمين مختلط، لأنه يجمع بين حالي التأمين لحالة البقاء والتأمين لحالة الوفاة، وله صور متعددة منها التأمين المختلط العادي حيث يدفع فيه المؤمن مبلغ التأمين، أما للمؤمن على حياته أو المستفيد بعินه إذا بقي حيًا عند حلول الأجل المعين وأما للمستفيد عند موت المؤمن على حياته قبل انقضاء الأجل المعين^(١).

وهذا النوع من التأمين يتضمن نوعين من التأمين في آن واحد حيث هو تأمين لحالة البقاء، وتأمين لحالة الوفاة، ولكن تحقق أحدهما يستبعد الآخر وأن المؤمن يظل متزماً بمبلغ التأمين عند استحقاقه سواء كان ذلك ناتجاً عن موت المؤمن له قبل فترة انتهاء أجل العقد أو بقائه حيًّا إلى ما بعد الفترة^(٢).

ومنع التأمين المركب الذي هو مثل الصورة السابقة آنفًا، لكنه يختلف عنها في أن المؤمن له الذي يظل حيًّا حتى نهاية مدة العقد في الصورة الأولى له الحق في مبلغ التأمين فقط، في حين يتحقق له في هذه الصورة إذا ظل حيًّا حتى نهاية مدة العقد الخيار بين أمور أربعة وفق ما تقتضيه مصلحته في ذلك الوقت وهي:

(أ) أن ينهي التأمين ويقبض مبلغًا أكبر من مبلغ التأمين.

(ب) أن يقيمه من الوفاة لصالح المستفيد مع توقيف المستأمن عن دفع الأقساط وقبضه في الوقت نفسه مبلغًا مقطوعًا يتفق عليه عند إبرام العقد.

(ج) استمرار التأمين كما في الفرض السابق دون دفع الأقساط على أن يأخذ المستأمن بدلاً من المبلغ المتجمد إيراداً مرتبًا مدى الحياة.

(١) د. السنهوري: المرجع السابق (٧/٢ - ١٣٩٣ - ١٣٩٤) والمراجع السابقة.

(٢) د. السنهوري: الوسيط (٧/٢ - ١٣٩٩ - ١٤٠٠)، د. الزغبي: المرجع السابق

(ص ١٨١)، د. عبد اللودود يحيى: دروس في العقود المسممة (ص ٧٠).

(د) إنتهاء التأمين مقابل دفع إيراد مرتب للمسئل من مدى حياته دون أن يستحق المستفيد شيئاً عند وفاة المسئل^(١).

ومنها التأمين لأجل محدد، حيث يلتزم فيه المؤمن بدفع مبلغ التأمين عند حلول أجل معين، إما للمؤمن على حياته إذا بقي حياً إلى هذا الأجل، وإما للمستفيد الذي يعينه المؤمن على حياته إذا مات قبل الأجل المحدد، وهذا يوجد تأمينات أيضاً لكن مبلغ التأمين هنا لن يدفع – كما في التأمين المختلط العادي عند موت المؤمن على حياته – بل يدفع عند حلول الأجل المحدد^(٢).

ومنها تأمين الأسرة، حيث يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين في أجل محدد للمؤمن على حياته إذا كان حياً، وإلا فللمستفيد الذي عينه، وهذا النوع يختلف عن سابقه في أن المستفيد يتناقض فوراً إيراداً دورياً من المؤمن إلى حين حلول الأجل، إذا مات المؤمن على حياته قبل حلول الأجل المحدد وانقطع دفع الأقساط، ثم يتناقض المستفيد مبلغ التأمين عند حلول الأجل، وبذلك يكفل رب الأسرة لأفراد أسرته بعد موته، إيراداً مرتبًا، ثم رأس مال يتناقضونه عند حلول أجل معين^(٣).

الحالة الرابعة : (التأمين الجماعي أو التأمين على الموظفين والعمال) :

وهو عقد يعقده شخص لمصلحة مجموعة من الناس تربطه بهم رابطة عمل تجعل له مصلحة في هذا التأمين.

(١) نفس المصدر السابق.

(٢) د. السنهوري : الوسيط (١٤٠١/٢/٧)، د. الزغبي (ص ١٨٢ – ١٨٣).

(٣) د. السنهوري : المرجع السابق.

ومن أبرز تطبيقاته قيام صاحب الشركة أو المصنع أو البنك بالتأمين على عماله وموظفيه ومتسببيه.

ومن خصائص هذا النوع أن هؤلاء المستفيدون لا يستحقون مبلغ التأمين عند وقوع الحادث من حيث ذواتهم، وإنما باعتبار صفاتهم؛ ولذلك يستحقون ما داموا باقين في ذلك المصنع أو البنك أو الشركة أو المتجر. ومن خصائصه أيضاً أنه كما يتعدد فيه المستفيدون تتعدد فيه الحوادث المؤمن منها، حيث يشمل عادة التأمين من الإصابات، والتأمين من المرض، والتأمين على الحياة، ولذلك تسري على هذا النوع القواعد المقدرة في التأمين على الأشخاص بأنواعه الثلاثة إضافة إلى قواعد يختص بها نظرنا لطبيعته الخاصة، فهو يمر بمرحلتين وهما:

(أ) مرحلة التعاقد الذي يتم بين طالب التأمين، والمؤمن حيث يتعاقد الأول مع الثاني لمصلحة مجموعة من المستفيدون يعينون بصفاتهم.

(ب) المرحلة الثانية التي يقبل فيها أفراد المستفيدون، ولذلك يجب موافقتهم وأن يسلم كل فرد منهم دفتر شخصي خاص به، كما أن طالب التأمين يجب عليه أن يقدم بياناً بفئات هؤلاء المستفيدون من حيث طبيعة الأعمال التي يقومون بها وعدد كل فئة منهم، ومجموع مرتباتهم، ويدرك كل ذلك في وثيقة التأمين – وإن كان عقد التأمين سيظل واحداً لا يتعدد بتنوعهم^(١).

والتأمين على الحياة قد يكون على حياة الشخص نفسه وقد يكون على حياة الغير، وفي الحالة الأخيرة، تجب موافقته حيث تنص المادة ٧٧٥ مدني مصري على ما يأتي:

(١) يراجع لمزيد من التفاصيل: د. السنهوري: الوسيط (١٤٠٢/٢/٧) – (١٤٠٩)، د. عبد الودود يحيى: المرجع السابق (ص ٧٤)، د. الرغبي (ص ١٨٩).

(يقع باطلًا، التأمين على حياة الغير، ما لم يوافق الغير عليه كتابة قبل إبرام العقد، فإذا كان هذا الغير لا تتوافق فيه الأهلية فلا يكون العقد صحيحًا إلا بموافقة من يمثله قانونًا).

وإذا حدث اعتداء على حياته فإن القانون المدني المصري ينص في مادته (٧، ٨٩) على أنه :

* إذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برئى ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً في وفاة ذلك الشخص أو وقعت الوفاة بناءً على تحريض منه .

* وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً في وفاة الشخص المؤمن على حياته أو وقعت الوفاة بناءً على تحريض منه، فإذا كان ما وقع من هذا الشخص مجرد شروع في إحداث الوفاة كان للمؤمن له الحق في أن يستبدل بالمستفيد شخصاً آخر ولو كان المستفيد قد قبل ما اشترط لمصلحته من تأمين).

حكم التأمين على الأشخاص

بما أن الخلاف قد ثار في حكم التأمين مطلقاً – بما فيه التأمين على الأشخاص – نذكره بيايجاز، ثم نفصل في حكم التأمين على الأشخاص.

من المعروف أن عقود التأمين لم تكن موجودة في عصر الرسول ﷺ ولا في عصر الخلفاء الراشدين، ولا في عصور المذاهب الفقهية، وربما يعود سبب ذلك إلى أن الإسلام يتضمن كل ما يحقق التكافل الاجتماعي من خلال نظام الزكاة، ونظام النفقات، وبيت المال، إضافة إلى رعاية حقوق الأخوة الإسلامية، ومن هنا لم يكن الفرد المسلم بحاجة إلى نظام التأمين،

حتى التأمين على الحياة، وذلك لأنّ الرسول الكريم ﷺ يقول: «من ترك دينًا أو ضياعًا — أي عيالًا — فإلينا»^(١).

وإنما نشأت عقود التأمين خلال القرون الأخيرة، لذلك كان أول فقيه تحدث عنها هو العلامة ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ)^(٢) في حاشيته: رد المحتار على الدر المختار حيث قال: «وبيما قررناه — من عدم جوازأخذ مال الكافر الحربي بعقد فسد، وجوازه في دار الحرب برضاه — ولو بربا — يظهر جواب ما كثر السؤال عنه في زماننا، وهو أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركبًا من حربي يدفعون له أجرته، ويدفعون أيضًا مالًا معلومًا لرجل حربي مقيم في بلاده، ويسمى ذلك المال سوكرة على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان يقبض من التجار مال السوكرة، وإذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدلهم تماماً».

ثم قال: «والذي يظهر لي أنه لا يحل للتجارأخذ بدل الهالك من ماله، لأن هذا التزام ما لم يلزم...» ثم بعد مناقشة جادة لعدة أفكار حول هذا الموضوع قال: «فاغنمه فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب»^(٣).

وخلالص ما يدل عليه كلام ابن عابدين أن عقد التأمين بصورةه الراهنة باطل، لكنه إذا وقع في ديار غير الإسلام فإنه يجوز للمسلم أن يأخذ بدل

(١) رواه البخاري في صحيحه — مع فتح الباري (٥/٦١).

(٢) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، ولد بدمشق في ١١٩٨هـ / ١٧٨٤م وتوفي بها في ١٢٥٢هـ / ١٨٣٦م وله كتب قيمة. انظر: الأعلام للزركلي (٦/٢٦٧).

(٣) حاشية ابن عابدين، ط دار إحياء التراث العربي بيروت (٣/٢٤٩ — ٢٥٠).

الهالك من الكافر الحربي إذا رضي بناء على رضاه، وليس على كون العقد صحيحًا^(١)، وهذا رأي أبي حنيفة ومحمد في أموال الحربي في دار الحرب^(٢).

ولا شك أن هذه التفرقة بين بلاد الإسلام وغير الإسلام في أحكام المال غير مسلمة خالفهما فيها جماهير الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبي يوسف وبعض فقهاء الحنفية... الذين أوجبوا على المسلم الالتزام بأحكام الإسلام حيالها كان^(٣).

وأما العلماء المعاصرون فقد ثار خلاف كبير بينهم يمكن حصر اتجاهاته في ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى أن عقود التأمين جمیعها محرمة شرعاً^(٤).

الرأي الثاني: يرى أنها مباحة شرعاً^(٥).

(١) قال ابن عابدين (٣٥٠/٣): «نعم قد يكون للناجر شريك حربي في بلاد الحرب فيعقد شريكه هذا العقد مع صاحب السوكة في بلادهم، ويأخذ منه بدل الهالك ويرسله إلى الناجر فالظاهر أن هذا يحل للناجر أخذه لأن العقد الفاسد جرى بين حربين في بلاد الحرب وقد وصل إليه ما لهم برضاه فلا مانع من أخذه».

(٢) بداع الصنائع، ط العلمية (١٣١/٧).

(٣) مقدمات ابن رشد، ط بهامش المدونة (٣٥٢/٣) والأم للشافعي، ط دار المعرفة لبنان (٤/٢٢٧)، حيث قال: «ولا يحل لهم — أي للمسلمين — في دار الحرب إلا ما يحل في دار الإسلام» ويراجع المغني لابن قدامة (٧/٧١).

(٤) يذهب إلى هذا الرأي جماعة منهم الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتى الديار المصرية السابق في رسالته أحكام السكروراته، مطبعة النيل بمصر عام ١٩٠٦، ويراجع للتفصيل فيه د. الزغبي: المرجع السابق (ص ٢٠٧).

(٥) من أصحاب هذا الرأي الأستاذ مصطفى الزرقا: عقد التأمين و موقف الشريعة منه، ط جامعة دمشق سنة ١٩٦٢ (ص ٢٩)، والشيخ علي الخفيف: التأمين، بحث =

الرأي الثالث: التوسط بين هذين الرأيين حيث يحرم بعض أنواع عقود التأمين، ويجيز بعضها^(١).

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الجميع في أن فكرة التأمين فكرة مقبولة بل مشروعة مطلوبة إسلامياً، ولكن صياغتها في عقودها الراهنة التي لم تراع فيها مبادئ الشريعة وقواعدها العامة من حرمة الربا، والضرر، والقمار والمراهنة والجهالة، هي التي جعلت هذه العقود غير مشروعة عند الكثيرين.

ثم إن الذين قالوا بمشروعية هذه العقود لم يقولوا بحل ما صاحبها من الربا ونحوه، كما أنهم لم يسلموا بوجود هذه الأمور — من الغرر، والقمار ونحوهما — فيها، يقول الأستاذ مصطفى الزرقا: «هذا من حيث المبدأ، أي: أن الاسترخاء عن طريق عمليات التأمين التعاقدية لا أرى مانعاً شرعاً منه في ذاته، أما إذا لحق الطريقة الاسترخائية في واقعها العملي بين شركات التأمين ملابسات، وشوائب، وانحراف، واستغلال ربوى، أو شبه ربوى، كما إذا كانت شركات التأمين تضع في عقودها شروطاً ربوية، أو استغلالية، مما لا ينبغي إقراره شرعاً فإننا نحكم على هذه الشروط بالفساد، والمنع، لا على أصل النظام التأميني...»^(٢).

منشور في مجلة الأزهر، الجزء الثامن السنة ٣٧ عام ١٩٦٦ (ص ٤٨٠) وآخرون، ولكن هؤلاء يبيحون عقد التأمين الذي ليس فيه ربا — كما سنوضحه —.

(١) وعلى هذا جماعة، منهم: الشيخ أبو زهرة في بحثه حول عقود التأمين، مقال منشور بمجلة حضارة الإسلام — دمشق، العدد ٥ نوفمبر ١٩٦١ (ص ١٠، ٢٢)، ويراجع د. الرغبي: المرجع السابق (ص ٢٠٧).

(٢) يراجع بحث الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا: نظام التأمين، موقعه في الميدان الاقتصادي بوجه عام، و موقف الشريعة الإسلامية منه، المطبوع ضمن كتاب =

الراجح :

نحن هنا لسنا بضد مناقشة هذه الآراء وأدلتها إذ إن ذلك لا يتناسب مع هذا البحث، ولكن الذي يظهر رجحانه هو أن عقود التأمين بصورتها الراهنة الموجودة لدى شركات التأمين غير مشروعة، لا بد من إيجاد بدائل عنها.

هذا وقد عرضت عقود التأمين على المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي عام ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م والمؤتمر الثالث له، لكن المشاركين اختلفوا فيها، ولم يصلوا فيها إلى رأي واحد، كما عقدت ندوة التشريع الإسلامي بدعوة من الجامعة الليبية عام ١٣٩٢هـ / ١٩٧٢م، انتهى فيها المشاركون إلى الموافقة مؤقتاً على عقود التأمين عدا التأمين على الحياة، فإنه غير جائز شرعاً، وأما ما عداه فاختلفوا فيه وقبلوه بصفة مؤقتة، وفي عام ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦م عقد المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة، اشترك فيه عدد كبير من العلماء، فيبحث موضوع التأمين، وانتهى المؤتمر إلى «أن التأمين التجاري الذي تمارسه شركات التأمين التجارية في هذا العصر لا يحقق الصيغة الشرعية للتعاون والتضامن، لأنه لم تتوافر فيه الشروط الشرعية التي تقتضي حلها».

لذلك «يقترح المؤتمر تأليف لجنة من ذوي الاختصاص من علماء الشريعة وعلماء الاقتصاد المسلمين لاقتراح صيغة التأمين خالية من الربا والضرر ليحقق التعاون المنشود بالطريقة الشرعية بدلاً من التأمين التجاري».

الاقتصاد الإسلامي، ط المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامية (ص ٤٠١).
ويراجع: د. حسين حامد حسان: المرجع السابق (ص ١٤٣).

وأما مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي فقد قرر في دورته الأولى في ١٠ شعبان ١٣٩٨هـ بمكة المكرمة بالإجماع – ما عدا الشيخ مصطفى الزرقا – تحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه سواء كان على النفس أو البضائع التجارية أو غير ذلك وجواز التأمين التعاوني تأكيداً لما جاء في قرار مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في دورته العاشرة بالرياض في ٤/٤/١٣٩٧هـ قرار رقم ٥٥ من إباحة التأمين التعاوني وتحريم التأمين التجاري^(١).

وكان مجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر الشريف قد بحث موضوع التأمين في مؤتمرهم الثاني وقرر بخصوصه ما يلي :

(أ) التأمين الذي تقوم به جمعيات تعاونية يشترك فيها جميع المستأمين لتدى لأعضاءها ما يحتاجون إليه من معونات، وخدمات : أمر مشروع، وهو من التعاون على البر.

(ب) نظام المعاشات الحكومي، وما يشبهه من نظام الضمان الجماعي المتبعة في بعض الدول، ونظام التأمينات الاجتماعية المتبعة في دول أخرى كل هذا من الأعمال الجائزة.

(ج) أما أنواع التأمينات التي تقوم بها الشركات أياً كان وضعها مثل التأمين الخاص بمسؤولية المستأمين... فقد قرر المجتمع الاستمرار في دراستها بواسطة لجنة جامعة لعلماء الشريعة وخبراء اقتصاديين... وكذلك الأمر في المؤتمر الثالث حيث قررمواصلة الدراسة لها.

(١) وقد ألف في الفرق بين هذين النوعين عدة كتب منها كتاب د. غريب الجمال: التأمين التجاري، والبديل الإسلامي، ط دار الاعتصام (ص ٢٥٠)، وما بعدها، وراجع لهذه القرارات أ. د علي السالوس: المعاملات المالية المعاصرة، ط مكتبة الفلاح (ص ٣٧٨ – ٤٠٢).

حكم التأمين على الحياة

وقد رأينا الخلاف في جميع عقود التأمين، وتبين لنا أن الاتجاه الغالب السائد نحو تحريم جميع عقود التأمين بتصورتها الراهنة، كما رأينا أن الخلاف في التأمين على الحياة أخف حيث أن بعض الذين أجازوا التأمين بصورة عامة استثنوا منه التأمين على الحياة، فقد سبق أن ندوة التشريع الإسلامي التي عقدتها الجامعة الليبية عام ١٩٧٢م قد استثنت عقود التأمين على الحياة^(١).

وهناك تفصيل كبير لا يهم البحث الخوض فيه^(٢):

هل فكرة التأمين على الحياة تتعارض مع مبادئ الإسلام؟

مع ترجيحنا للقول بتحريم التأمين على الأشخاص – بما فيه التأمين على الحياة – لا نرى أن فكرة التأمين على الحياة تتعارض مع قواعد التشريع الإسلامي الحنيف، ومبادئه، وذلك لأن تفكير المسلم في مستقبله، ومستقبل ذريته – بعد التوكل على الله تعالى – لا يخالف أية قاعدة من

(١) ومن هؤلاء الذين لم يجيزوا عقد التأمين على الحياة مع أنهم أجازوا بقية أنواعه: الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري في بحثه عن التأمينات الذي قدمه إلى المؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية: ويراجع د. الزغبي: المرجع السابق (ص ٤٣٠)، ومنهم أستاذنا القرضاوي في كتابه: الحلال والحرام، ط مكتبة وهبة بالقاهرة (ص ٢٥٥)، حيث قال: «فلو عدل عقد التأمين إليها، وخلت معاملة الشركة من الربويات لاتجه القول بالجواز، أما التأمين على الحياة فتصورته كما أرى تبعد كثيراً عن المعاملات في الإسلام».

(٢) الذين قالوا بحرمة استدلوا بأن عقده يتضمن المقامرة والربا والضرر والجهالة، ويراجع لأدلة الطرفين المراجع السابقة، وبالأخص بحث الأستاذ الزرقا، وكتاب د. حسين حامد، ورسالة الدكتوراه للدكتور الزغبي.

قواعد الشرع ، بل هو يتفق مع مقاصد الشريعة الغراء ، وكذلك التعاون المثمر البناء بين أفراد المجتمع لتأمين المعيشة الكريمة لآخرين أمر تدعو إليه الشريعة في أدتها الثابتة من الكتاب والسنة ، فقد قال تعالى في كتابه الكريم : ﴿ وَلَيَخْشَى الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضَعَفًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلَيَسْتَقْوِيَ اللَّهُ وَلَيَقُولُوا فَوْلًا سَدِيدًا ﴾^(١) .

وقد ذكر المفسرون أن هذه الآية تدل على ضرورة مراعاة حقوق الورثة الضعفاء بأن لا يقدم الشخص الذي حضره الموت على تصرفات كثيرة تؤدي الورثة من بعده ، بل يراعي ضعفهم و حاجتهم إلى المال^(٢) ، قال الشوكاني : «والمعنى : وليخش الذين صفتهم وحالهم أنهم لو شارفوا أن يتركوا خلفهم ذرية ضعافاً ، وذلك عند احتضارهم خافوا عليهم الضياع بعدهم لذهب كافهم وكاسبهم ... »^(٣) .

وكذلك أرشد النبي ﷺ إلى أن ترك الذرية أغنياء خير من التصدق بالمال كله ، ثم يصبح ورثة فقراء من بعده ، وكذلك لم يأذن لسعد بأن يوصي بأكثر من الثلث على الرغم من إصراره على أن يتصدق بثلثي ماله ، ثم بنصف ماله ، فقال له النبي ﷺ «... الثلث ، والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتکففون الناس»^(٤) حتى ترجم البخاري : «باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتکففوا الناس»^(٥) فالالتزام بأن لا يزيد

(١) سورة النساء: الآية ٩.

(٢) تفسير ابن عطية ، ط قطر (٥٠٧/٣) ، وفتح القدير للشوكاني ، ط عالم الكتب (٤٢٨/١) ، وهذه الآية لها معانٍ أخرى راجعها فيهما .

(٣) فتح القدير (٤٢٩/١) .

(٤) رواه البخاري في صحيحه - مع الفتح - (١٦٤/٣) ، ومسلم (١٢٥٠/٣) .

(٥) صحيح البخاري - مع الفتح - كتاب الوصية (٣٦٣/٥) .

الوصية من الثالث، وكذلك مشروعية الميراث من المقاصد الشرعية التي تدل على أصل فكرة التأمين، فالتفكير في مستقبله، ومستقبل أولاده لا يتعارض مع العقيدة والتوكل على الله، لأنه من باب الأخذ بالأسباب الظاهرة مع تفويض الأمر كله إلى الله تعالى، كما في مسألة الرزق الذي وعدنا الله تعالى بأنه : ﴿ وَفِي الْمَلَأِ رَزْقُكُمْ وَمَا تُوعَدُونَ ﴾ فَوَرَبَ أَسْمَاءَ وَالْأَرْضَ إِنَّمَا لَهُ حَقٌّ مِثْلَ مَا أَنْكُمْ تَنْطَقُونَ ﴾^(١) .

ومن هنا ففكرة التأمين على الأشخاص – على الحياة وغيرها – قائمة من حيث المبدأ على أساس تأمين المستقبل بقدر الإمكان للمؤمن له، ولأولاده، من خلال تحقيق التضامن بين جماعة من الناس تهددها مخاطر وحيئتذل يتعاونون فيما بينهم لدرئها، وتحقيق نوع من الضمان والأمان لأنفسهم دون أن يكون في ذلك أي تحدٍ لإرادة الله تعالى، وقدرته.

يقول الأستاذ الجليل مصطفى الزرقاء : «إن معارضة أصحاب الرأي السلبي في التأمين من علماء العصر كانت فيما يسمى تأميناً على الحياة أشد منها في بقية أنواع التأمين، وبعض هؤلاء يعلل معارضته وإنكاره الشديد لهذا النوع من التأمين بأن فيه تحدياً لقدر الله تعالى، وخلال المناقشة بيني وبينه في بعض الندوات تبين لي أنه يفهم من التأمين على الحياة أن شركة التأمين تضمن للمؤمن أن يعيش إلى المدة المتفق عليها في العقد، فإذا مات قبل نهايتها تكون الشركة قد خاب تقديرها في تعهداتها له باستمرار حياته، فتدفع لأسرته المبلغ المتفق عليه بدون مقابل له سوى الأقساط القليلة المؤداة كمن خسر الرهان، أو جولة القمار ! هكذا وجدت بعض المؤثرين باسم الشريعة على القول بجواز التأمين على الحياة . . . ».

(١) سورة الذاريات : الآياتان ٢٢ - ٢٣ .

«فالواقع أن موضوع التأمين على الحياة قد ظلم ظلماً كبيراً بهذه التسمية السيئة (التأمين على الحياة) التي توحى بعكس حقيقته، فإن ما يسمى بالتأمين على الحياة ليس فيه من قبل الجهة المؤمنة تعهد ما بأن يستمر المستأجر حياً ولو بضع دقائق، أو ثوان بعد العقد، بل كل ما فيه تعهد بأن تقدم الجهة المؤمنة المبلغ المتفق عليه إلى عائلة المستأمين إذا توفي خلال المدة المحددة بالعقد معونة لها تعوضها بعض الشيء عن مصيبيتها بفقد عائلتها... فالتأمين على الحياة موضوعه: مجرد الاتفاق على تقديم معونة محددة تجبر من يصاب بموت المستأمين بعض الجبر، فلا فرق أصلاً في الفكرة بينه وبين سائر النوعين الآخرين - أعني: التأمين على الأشياء، أو التأمين من المسئولية»^(١).

ونحن وإن كنا نختلف مع الأستاذ الجليل في عدم مشروعية عقد التأمين على الحياة بصورة الراهنة لكننا نتفق معه تماماً في أن هذه الفكرة - من حيث المبدأ - مقبولة شرعاً، ولا تتعارض مع مقاصد الشريعة، ومبادئها يدل ذلك على أن الإسلام جعل نفقة ورثة من مات ولم يترك لهم مالاً واجبة في بيت مال المسلمين، فقد ترجم البخاري في كتاب النفقات: باب قول النبي ﷺ: «من ترك كلاً أو ضياعاً فإليَّ» قال الحافظ ابن حجر: (وارد المصنف بإدخاله في أبواب النفقات الإشارة إلى أن من مات ولم يترك له أولاد ولم يترك لهم شيئاً فإن نفقتهم تجب في بيت مال المسلمين)^(٢).

فقد كان الرسول ﷺ - ومن بعده بيت المال - يتحمل الديون، ويراعي الذرية الضعفاء، وينفق عليهم، وهذا يدل بوضوح على مشروعية

(١) الأستاذ الزرقا: بحثه في المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة، السابق الإشارة إليه في (ص ٢٨١).

(٢) صحيح البخاري - مع الفتح - (٥١٥/٩).

هذه الفكرة، وتنفيذها بالطرق المشروعة في عصرنا الحاضر من خلال البديل الشرعية لهذه العقود التي شابتها مشارط غير شرعية.

السوابق الفقهية لعقد التأمين على الحياة:

حاول العلماء الذين ذهبوا إلى إباحة عقود التأمين — بما فيها التأمين على الحياة — أن يقيسوا أو بعضها على العقود المشروعة في الفقه الإسلامي مثل ولاء المولاة، وعقد المضاربة، وعلى ضمان خطر الطريق، وعقد الحراسة، وعلى الوديعة بأجر، وعلى الأجير المشترك، وعلى الرقبي^(١).

وقد نوقشت هذه الأقىسة في البحوث والندوات والمؤتمرات العلمية فلم تصمد أمام المناقشة، حيث إما هي أقىسة مع الفارق أو مع الفاسد، إضافة إلى أن الشروط والصفات الموجودة في عقود التأمين الراهنة تبعدها عن هذه الأصول^(٢).

كما استدلوا بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة، وهذا الأصل صحيح متفق مع مقاصد الشريعة — كما أثبتت ذلك في رسالتي الدكتوراه^(٣)

(١) حيث ذكر الأستاذ السنهوري في الوسيط (١٣٩٢/٢/٧ بالهامش) أن التأمين العمري يشبه صورة الرقبي في الفقه الإسلامي، وهي أن يكون لزيد دار، ولبكر دار فيتفقان على أن الدارين يكونان ملك من يعيش بعد الآخر... فالرقبي بهذا المعنى يمكن أن تكون وصفاً صحيحاً للتأمين.

(٢) يراجع هذه التفصيلات في كتب وبحوث الأستاذ الزرقا، ود. حسين حامد، ود. غريب الجمال، والزغبي، وأبي زهرة، والخفيف وغيرهم من ذكرتهم سابقاً.

(٣) يراجع: مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط دار البشائر (١١٤٨/٢).

لكنه مشروط بأن لا يكون في العقد مخالفة لنصوص الشرع، وهذا ما ينبغي الاعتماد عليه في التأصيل والتفريع.

البدائل الشرعية للتأمين على الأشخاص (الحياة)

التأمين التعاوني :

وقد جاء ضمن مقررات ووصيات المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية مشروعة التأمين الذي تقوم به جمعيات تعاونية، ونظام الضمان الاجتماعي أو التأمينات الاجتماعية، كما جاء ضمن توصيات المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي بدبي التوصية بتأسيس مؤسسات إسلامية للتأمين التعاوني للقيام بأعمال التأمين وإعادة التأمين.

وقرر مجلس المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم (٥١) بتاريخ ١٣٩٧/٤/٤هـ من جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم.. للأدلة التالية:

الأول: أن التأمين التعاوني من عقود التبرع التي يقصد بها أصلالة التعاون على تفتيت الأخطار، والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية لتعويض ما يصبه الضرر، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر.

الثاني: خلو التأمين التعاوني من الربا بنوعيه ربا الفضل وربا النساء؛ فليس عقود المساهمين ربوية، ولا يستغلون ما جمع من الأقساط في معاملات ربوية.

الثالث: أنه لا يضر جهل المساهمين في التأمين التعاوني بتحديد ما يعود عليهم من النفع لأنهم متبرعون فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقامرة،

بخلاف التأمين التجاري فإنه عقد معاوضة مالية تجارية .

الرابع : قيام جماعة من المساهمين أو من يمثلهم باستثمار ما جمع من الأقساط لتحقيق الغرض الذي من أجله أنشئ هذا التعاون سواء كان القيام بذلك تبرعاً أو مقابل أجر معين .

ورأى المجلس أن يكون التأمين التعاوني على شكل شركة تأمين تعاونية مختلطة للأمور الآتية :

أولاًً : الالتزام بالفكرة الاقتصادي الإسلامي الذي يترك للأفراد مسؤولية القيام بمشروعات الاقتصادية ولا يأتي دور الدولة إلا كعنصر مكمل لما عجز الأفراد عن القيام به ، وموجه ورقيب لضمان نجاح هذه المشروعات وسلامة عملياتها .

ثانياً : الالتزام بالفكرة التعاوني التأميني الذي بمقتضاه يستقل المتعاونون بالمشروع كله من حيث تشغيله ومن حيث الجهاز التنفيذي ومسؤولية إدارة المشروع .

ثالثاً : تدريب الأهالي على مباشرة التأمين التعاوني ، وإيجاد المبادرات الفردية والاستفادة من البواعث الشخصية ، فلا شك أن مشاركة الأهالي في الإدارة تجعلهم أكثر حرصاً ويقظة على تجنب وقوع المخاطر التي يدفعون مجتمعين تكلفة تعويضها مما يتحقق وبالتالي مصلحة لهم في إنجاح التأمين التعاوني ، إذ إن تجنب المخاطر يعود عليهم بأقساط أقل في المستقبل ، كما أن وقوعها قد يحملهم أقساط أكبر في المستقبل .

رابعاً : إن صورة الشركة المختلطة لا يجعل التأمين كما لو كان هبة أو منحة من الدولة للمستفيدين منه ، بل مشاركة منها معهم فقط لحماية مسانداتهم باعتبارهم هم أصحاب المصلحة الفعلية ، وهذا موقف أكثر إيجابية ليشعر معه المتعاونون بدور الدولة ولا يعفيهم في نفس الوقت من المسؤولية .

ويرى المجلس أن، يراعى في وضع المواد التفصيلية للعمل بالتأمين التعاوني الأسس الآتية:

الأول: أن يكون لمنظمة التأمين التعاوني مركز له فرع في كافة المدن، وأن يكون بالمنظمة أقسام توزع بحسب الأخطار المراد تغطيتها وبحسب مختلف فئات ومهن المتعاونين، وأن يكون هناك قسم للتأمين الصحي، وثاني للتأمين ضد العجز والشيخوخة . . . إلخ.

أو يكون هناك قسم لتأمين الباعة المتجولين، وآخر للتجاز، وثالث للطلبة، ورابع لأصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والمحامين . . . إلخ.

الثاني: أن تكون منظمة التأمين التعاوني على درجة كبيرة من المرونة والبعد عن الأساليب المعقدة.

الثالث: أن يكون لمنظمة مجلس أعلى يقرر خطط العمل ويقترح ما يلزمها من لوائح وقرارات تكون نافذة إذا اتفقت مع قواعد الشريعة.

الرابع: يمثل الحكومة في هذا المجلس من تختاره من الأعضاء، ويتمثل المساهمين من يختارونه ليكونوا أعضاء في المجلس، ليساعد ذلك على إشراف الحكومة عليها واطمئنانها على سلامة سيرها وحفظها من التلاعب والفشل.

الخامس: إذا تجاوزت المخاطر موارد الصندوق بما قد يستلزم زيادة الأقساط فتقوم الدولة والمشتركون بتحمل هذه الزيادة.

ويؤيد مجلس المجمع الفقهي ما اقترحه مجلس هيئة كبار العلماء في قراره المذكور بأن يتولى وضع المواد التفصيلية لهذه الشركة التعاونية جماعة من الخبراء المختصين في هذا الشأن.

والله ولـي التوفيق وصـلـى الله وـسـلـمـ علىـ نـبـيـنـا مـحـمـدـ وـآلـهـ وـصـحـبـهـ^(١) . فالـبـدـائـلـ الشـرـعـيـةـ لـلـتـأـمـيـنـ بـجـمـيـعـ صـورـهـ وـأـنـوـاعـهـ وـبـمـاـ فـيـهـ التـأـمـيـنـ عـلـىـ الـحـيـاـةـ هـيـ : التـأـمـيـنـ التـعـاـوـنـيـ بـشـقـيـهـ :

- ١ - التـأـمـيـنـ التـعـاـوـنـيـ (ـالـمـحـضـ)ـ .
- ٢ - التـأـمـيـنـ التـعـاـوـنـيـ (ـالـاـسـتـشـمـارـيـ)ـ .

وـنـتـحـدـثـ هـنـاـ عـنـ الـفـكـرـةـ ،ـ ثـمـ عـنـ الـجـانـبـ الـتـطـبـيـقـيـ .

الـجـانـبـ الـأـوـلـ : أـصـبـلـ الـفـكـرـةـ فـيـ التـأـمـيـنـ التـعـاـوـنـيـ وـالـتـعـرـيـفـ بـهـ :

تـقـوـمـ فـكـرـةـ التـأـمـيـنـ التـعـاـوـنـيـ عـلـىـ أـصـلـ (ـالـتـعـاـوـنـ عـلـىـ الـبـرـ وـالـخـيـرـ وـالـتـأـزـرـ وـالـتـكـافـلـ بـيـنـ الـأـفـرـادـ لـتـحـقـيقـ مـصـالـحـ الـمـشـرـكـةـ)ـ ،ـ إـضـافـةـ إـلـىـ أـنـ الـإـسـلـامـ رـاعـىـ عـجـزـ الـأـفـرـادـ عـنـ الـقـيـامـ بـتـحـقـيقـ مـصـالـحـهـمـ مـنـفـرـدـيـنـ وـقـدـرـهـمـ عـلـىـ تـحـقـيقـهـاـ مـجـتمـعـيـنـ ،ـ وـلـذـلـكـ جـاءـتـ مـعـظـمـ الـأـوـامـرـ الـإـلـهـيـةـ بـصـيـغـةـ خـطـابـ الـجـمـعـ ،ـ حـتـىـ فـيـ بـابـ الـعـبـادـةـ الـفـرـديـةـ عـلـمـنـاـ الـقـرـآنـ الـكـرـيمـ أـنـ نـقـولـ : ﴿إِيـَّاكـ نـعـبـدـ وـإِيـَّاكـ نـسـتـعـيـنـ﴾^(٢) ،ـ فـنـعـبـدـ اللـهـ جـمـاعـةـ ،ـ وـنـتـلـبـ مـنـهـ الـعـوـنـ مـجـتمـعـيـنـ .

وـبـمـاـ لـاـ يـخـفـىـ عـلـىـ الـجـمـعـ أـنـ الـإـسـلـامـ قـدـ سـبـقـ كـلـ الـشـرـيـعـاتـ الـوـضـعـيـةـ فـيـ وـضـعـ الـنـظـامـ التـكـافـلـيـ التـعـاـوـنـيـ لـلـأـسـرـةـ ،ـ حـيـثـ أـوـجـبـ الـنـفـقـاتـ لـلـأـصـوـلـ وـالـفـرـوـعـ ،ـ وـلـإـلـحـوـةـ وـالـأـخـوـاتـ وـالـمـحـارـمـ عـنـدـ بـعـضـ ،ـ وـجـعـلـ الـصـلـةـ

(١) نـصـ قـرـارـ مـجـمـعـ الـفـقـهـ التـابـعـ لـرـابـطـةـ الـعـالـمـ الـإـسـلـامـيـ فـيـ دـورـتـهـ الـأـوـلـىـ الـمـنـعـدـةـ فـيـ ١٠ شـعـبـانـ ١٣٩٨ـهـ بـمـكـةـ الـمـكـرـمـةـ .

وـيـرـاجـعـ لـلـتـفـصـيـلـ :ـ الـمـرـاجـعـ السـابـقـةـ ،ـ وـخـاصـةـ دـ.ـ الـزـغـبـيـ :ـ الـمـرـجـعـ السـابـقـ ،ـ أـ.ـ دـ.ـ عـلـيـ السـالـوـسـ :ـ الـمـرـجـعـ السـابـقـ (ـصـ ٤٠٠ـ)ـ وـمـاـ بـعـدـهـ ،ـ وـدـ.ـ غـرـيـبـ الـجـمـالـ :ـ الـمـرـجـعـ السـابـقـ (ـصـ ٢٥٠ـ)ـ وـمـاـ بـعـدـهـ .

(٢) سـوـرـةـ الـفـاتـحةـ :ـ الـآـيـةـ ٥ـ .

بين جميع الأقارب واجبة، وحيث على أن يشمل التكافل جميع الأقارب، لذلك جعل الصدقة على القريب صدقة وصلة.

ولم يكتف الإسلام بذلك بل جعل التكافل بين أفراد المجتمع مطلوبًا، ومسؤولًا عنه، ولذلك يحاسب أهل منطقه أمام الله تعالى، ثم أمام الدولة المسلمة عن موت أحد بسبب جوعه، بل على مجاعته كما ورد في ذلك حديث ثابت عند الإمام أحمد بسنده عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «وأيما أهل عرصة أصبح فيهم أمرٌ جائع فقد برئت منهم ذمة الله»^(١).

وإضافة إلى هذا الواجب الاجتماعي فإن الدولة مسؤولة عن توفير الحد المناسب من الرعاية الاجتماعية للأفراد، لذلك أعلن الرسول ﷺ: «من ترك مالًا فلورثه، ومن ترك كلامًا أو ضياعًا فإليه»^(٢) فالدولة مسؤولة عن تأمين مستقبل أطفال المسلمين، والمستضعفين عند فقد أوليائهم.

كذلك نجد في الشريعة ما يمكن إطلاق التأمين عليه عن الحوادث والمصائب الكبيرة من خلال سهم «الغارمين» الذي خصص لأصحاب الجوائح حتى يتغلبوا على الكوارث التي أصابتهم والمدينيين الذين أصابهم غرم، بل قد فسر بعض السلف «الغارمين» بمن أصابتهجائحة^(٣) بأن احترق بيته أو ذهب السيل بماله وتجارته أو نحو ذلك، فيعطى له من الزكاة ما يعيده إلى حالته المالية السابقة وإن بلغ ذلك الألوف^(٤)، فقد روي عن مجاهد قال: «ثلاثة من الغارمين: رجل ذهب السيل بماله، ورجل أصابه حريق

(١) مسند أحمد (٢/٣٣).

(٢) صحيح البخاري - مع الفتح - (٩/٥١٥).

(٣) يراجع: فتح القدير للشوكاني (٢/٣٧٤).

(٤) يراجع لمزيد من التفصيل: الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوي: فقه الزكاة، طبعة مؤسسة الرسالة (٢/٦٢٢).

فذهب بماله ، ورجل له عيال وليس له مال فهو يدان وينفق على عياله^(١) .
 كما أن حديث قبيصة بن المخارق يدل على ذلك ، قال قبيصة تحملت حمالة
 فأتيت رسول الله ﷺ أسؤاله فيها فقال : «أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها ،
 ثم قال : يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل تحمل حمالة
 فحلت له المسألة حتى يصيدها ثم يمسك ، ورجل أصابتهجائحة (كارثة)
 اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيبح قواماً من عيش أو قال : سداداً
 من عيش^(٢) .

فالدولة المسلمة تحمل ديون أفرادها إن لم يستطيعوا أداؤها^(٣) . إذن
 فمظلة التأمين الإسلامي تشمل كل من يعيش في ظل الدولة ، الإسلامية
 العادلة ، ومع ذلك حرص الإسلام على تنمية روح المسؤولية الفردية بجانب
 المسئولية الجماعية ، وطالب من كل مسلم أن يكون صاحب اليد العليا الذي
 يعطي ولا يكون صاحب اليد السفلية الذي يأخذ؛ لأن «اليد العليا خير من
 اليد السفلية»^(٤) لذلك أوجب على الفرد البحث عن وسائل العمل النافع
 لدنيه ودنياه فأمره بابتغاء فضل الله من الرزق عن طريق العمل بعد الصلاة
 مباشرة ، فكما طلب منه الصلاة طلب منه بنفسه صيغة الأمر العمل والبحث
 عن الرزق فقال تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ثُوِّدَكُلِّصَلَوةٍ مِّنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ

(١) مصنف ابن أبي شيبة طبعة حيدر آباد (٢٠٧/٣) .

(٢) الحديث رواه مسلم في صحيحه كتاب الزكاة رقم (١٧٣٠) ، وأحمد في مستذه

(٤٧٧/٣) .

(٣) فقد ورد في الحديث المتفق عليه أن رسول الله ﷺ قال : « . . . ومن ترك ديننا
 أو ضياعاً فليأتني فأنا مولاه» انظر : صحيح البخاري مع الفتح كتاب الاستقرار
 (٦١/٥) .

(٤) حديث صحيح ، رواه البخاري في صحيحه كتاب الزكاة (٢٩٤/٣) ، ومسلم في
 الزكاة الحديث رقم (١٠٣٣) ، وأحمد (٤/٢ ، ٢٧) .

فَأَسْعُوا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٩﴾ فَإِذَا قُضِيَتِ
الْأَصْلَوَةُ فَأَنْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَإِذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ
نُفْلِحُونَ ﴿١٠﴾ .

فكمما أن التعاون مشروع كذلك تبادل المنافع ورعاية المصالح مشروع عان. ومن هنا فلا مانع من فكرة الاسترباح وتحقيق المصالح والمنافع لكلا الطرفين من حيث المبدأ، ولكن العقود القائمة على المعاوضات تختلف من حيث شروطها وأثارها ومقتضياتها عن العقود القائمة على التبرعات، فمثلاً: فالجهالة في التبرعات لا تضر بينما الجهالة الفاحشة تبطل عقود المعاوضات تجسيداً لقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَيِّلٍ﴾^(٢).

فالتعاون الممحض على الرغم من أهميته لا بد أن يكون بجانبه عقود تبادلية، بل واستثمارية أخرى لتكمل الفكرة لأن المجتمع في عمومه لا يمكن أن يسير على الإيثار وحده وإنما على المنافع المتبادلة والمصالح المشتركة أيضاً.

ومن هنا لا بد عند التفكير في البدائل أن لا تنحصر جهودنا في الجانب التعاوني للتأمين وإنما في إيجاد مؤسسات تأمينية استثمارية أيضاً.

التعريف بالتأمين التعاوني وكيفيته :

هو الذي تقوم به جماعة يتفق أفرادها على تعويض الأضرار التي قد تنزل بأحدهم نتيجة خطر معين، وذلك من مجموع الاشتراكات التي يتعهد كل فرد منهم بدفعها^(٣).

(١) سورة الجمعة: الآيات ٩ - ١٠ .

(٢) سورة التوبه: الآية ٩١ .

(٣) يراجع د. عبد الودود يحيى: دروس في العقود المسممة (البيع والتأمين) (ص ٢٢٢) ودكتور الزغبي: المرجع السابق (ص ٤٨٤) .

فأهم خصيصة من خصائص هذا النوع ما يأتي :

* وجود تبادل في المنافع والتضحيات فيما بين أعضاء هيئة التأمين حيث تدفع التعويضات لمن يصيغ الخطط من حصيلة الاشتراكات فكل واحد منهم مؤمن ومؤمن له .

* تضامن الأعضاء حيث هم متضامنون في تغطية المخاطر التي تصيب أحدهم ، لكن مدى هذا التضامن مرتبط بما إذا كان اختلاف قيمة الاشتراك مطلقاً أو محدوداً بحد أقصى .

* تغير قيمة الاشتراك لأن الأعضاء ما داموا مؤمنين ومؤمناً لهم في الوقت نفسه فإن من الطبيعي أن يكون الاشتراك المطلوب عرضة للزيادة والنقصان تبعاً لما يتحقق من المخاطر سنوياً وما يتربّ على مواجهتها من تعويضات⁽¹⁾ .

فالتأمين التعاوني مختلف تماماً عن التأمين التجاري السائد من حيث الشكل ؛ حيث يكون المؤمنون في الأول هم المستأمينون بينما المؤمن في الثاني هو الشركة التي تصرف في الأموال المأخوذة حسب مصالحها . ومن حيث الهدف حيث إن الهدف من الأول هو التعاون وليس الربح بينما الهدف في الثاني هو الربح حتى لو كان فيه تعاون فهو تبعي . وكذلك من حيث الأقساط التي تكون على قدر التكاليف في التعاون وعلى حسب إرادة الشركة ومصالحها في التجارة . ومن حيث عائد الاحتياطي والاستثمارات حيث يعود إلى الجميع وإن لم يأخذوا جميعه في التأمين التعاوني بينما يعود إلى الشركة في التجاري .

وكذلك من حيث الإدارة والأقساط والتعاقد والصفقة

(1) د. غريب الجمال: المرجع السابق (ص ٢٥٣ - ٢٥٥) .

الاحتكارية^(١)، ومن حيث إن الجمعيات التعاونية هي التي تتولى التأمين التعاوني، كما أن الباب فيه مفتوح لكل مكتتب يريد المساهمة وفقاً لنظام الجمعية، وأن صافي الربح الذي يجوز توزيعه يخصص جزء منه لأسهم رأس المال والجزء الآخر للأعضاء حسب نسبة تعامله مع الجمعية^(٢).

ذلك هو التأمين التعاوني كما هو موجود في بعض البلاد الاشتراكية والغربية^(٣) وإذا أردنا تطبيقه إسلامياً فلا بد أن يستبعد عنه كل ما هو مخالف لمبادئ الشريعة الغراء.

وجاء في كتاب الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية السؤال التالي وجوابه:

«كيف يصبح التأمين التعاوني إسلامياً يتفق وأحكام الشريعة؟
لو ظهرنا عقود التأمين مما يخالف أحكام الشريعة لأصبح تأميناً إسلامياً ولن يتأتى ذلك إلا عن طريق التعاون.

والدخل للتأمين التعاوني هو تصورنا لجماعة يتعرضون لنوع من المخاطر، كونوا فيما بينهم نظاماً تعاونياً ما، كجمعية أو صندوق، ودفعوا مبالغ نقدية يؤدي من مجموعها تعويض لأي فرد منهم يقع عليه الخطر، فإن لم تف المبالغ التي دفعوها سددوا الفرق المطلوب، وإن زاد منها شيء بعد التعويضات أعيد إليهم أو جعل رصيدها للمستقبل، وهذه الجماعة لم تهدف إلى تحقيق ربح بل تعاون على البر الذي أشاد به الكتاب الكريم.

(١) يراجع د. الزغبي: المرجع السابق (ص ٤٨٧ – ٤٩١) ومصادره التي اعتمد عليها مثل الدكتور البدراوي والدكتور شوقي الفنجرى.

(٢) د. غريب الجمال: المرجع السابق (ص ٢٨٦) ود. الزغبي المرجع السابق أيضاً (ص ٤٩٦).

(٣) حيث نشأت هذه الفكرة في ألمانيا في ظل حكم بسمارك، يراجع تفصيل ذلك في: د. غريب الجمال: المرجع السابق (ص ٢٧٦).

ولو وسعنا هذا التصور البسيط وأضفنا إليه تعديلاً طفيفاً لوصلنا إلى صورة التأمين التعاوني الإسلامي، فبدلاً من جماعة – يتعرضون لنوع من المخاطر – جماعات كتجار أو أهل حرف أو أفراد اتفقوا جمیعاً على دفع مقادير من المال متساوية أو متفاوتة أقساطاً أو دفعه واحدة واتفقوا على أن ما يدفعون من المال تبرع أو هبة ومن مجموع ما تحصل يعan من يقع له حادث أو يعan ورثته عند وفاته دفعه واحدة أو على هيئة مرتب متكرر، وما يفيض بعد التعويضات يرحل كاحتياطي لفترة تالية، وحتى يتسعى تحصيل المال وحفظه والتعاقد مع الأعضاء وصرف التعويضات شكلوا فيما بينهم «مجلس إدارة» واستخدموa بعض العاملين لوصلنا في النهاية إلى هيئة تأمين تعاوني تؤدي نشاطاً خالياً من أي مفسد من مفسدات العقود».

وقد يسمى هذا النوع «بالتأمين التبادلي» لأن كل عضو يتبادل مع الآخر معونته، فكل منهم مؤمن ومؤمن له، سواء اشتراكوا في الإدارة أم لا. ويجوز لهيئة التأمين التعاوني هذه أن تستثمر فائض أموالها إن وجد في مشروعات تتمشى مع أحكام الشريعة فتدر عليها عائدًا إضافيًّا.

وهل يمكن قيام شركة مساهمة أو محدودة المسئولية يكون نشاطها التأمين وفق أحكام الشريعة الإسلامية؟

المحور الذي تدور حوله شركة التأمين التعاوني الإسلامي هو وجود الكيان الذي يجمع راغبي التأمين لتحقيق متطلباتهم.

وعليه يمكن تأسيس شركة مساهمة أو محدودة المسئولية، ويفضل أن يكون البنك الإسلامي من مؤسسيها، يكون غرضها مزاولة أعمال التأمين التعاوني وإعادة التأمين. وللشركة أن تستثمر فائض رأس المال وأموالها في المشروعات التجارية أو الصناعية أو الزراعية بأي طريق مشروع كالمضاربة مثلًا.

ويسيّر نشاط الشركة في خطين متوازيين هما:

١ - القيام بأعمال التأمين اعتماداً على أقساط التأمين المحصلة ومنها تدفع التعويضات.

٢ - استثمار فائض الأموال في أوجه الاستثمار الجائزة شرعاً.

ولما كان فائض الأموال قد ينسلب إلى زيادة الأقساط المحصلة عن التعويضات المدفوعة واحتياطي العمليات السارية فإن الأرباح الناشئة عن الاستثمار يجب أن تعود إلى المساهمين وإلى المؤمنين كل بقدر مساهمة أمواله في الاستثمار.

ونظراً لأن مصروفات الإدارة تكون مشتركة - أي غير مقررة - بين ما يتعلق بالمساهمين وما يتعلق بالمؤمنين سواء في النشاط الاستثماري أو خدمات التأمين فيتعين النص في القانون النظامي للشركة على ما يلي:

١ - الأساس الذي يتبع في توزيع الاستثمار بين فريقي المساهمين والمؤمنين.

٢ - قواعد تقسيم المصروفات المشتركة أو تركها لمجلس الإدارة في ختام السنة المالية.

٣ - كيفية التصرف في صافي الفائض الذي يخص المؤمنين إما بتوزيع جزء عليهم وعمل احتياطي خاص بهم بالباقي أو تحويله كله إلى ذلك الاحتياطي وذلك على هدي ما تقرره الجمعية العمومية ووفق نسب أقساط التأمين التي دفعوها.

٤ - كيفية التصرف في صافي الفائض الذي يخص المساهمين على أن التوزيع بينهم على حسب عدد الأسهم التي يمتلكها كل مساهم من رأس المال^(١).

(١) يراجع: كتاب الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية: ١٠٠ سؤال و ١٠٠ جواب حول البنوك الإسلامية صفحة أولى ١٣٩٨هـ (ص ٩٦ - ٩٩).

التطبيقات الإسلامية للتأمين التعاوني

لم يغفل علماء المسلمين عن إيجاد بديل إسلامي أمام شركات التأمين التجاري المحرم، فقد اقترح الأستاذ محب الدين الخطيب رحمة الله عام ١٩٣٤ م على أهل كل حرف كالناشرين وأصحاب المكتبات أن يكونوا فيما بينهم لجنة خاصة بحرفهم من أهل الأمانة والورع يكون تحت أيديهم صندوق يجمعون فيه ما يدفعونه لشركات التأمين ويتضامنون من خلاله لما يحدث من الحريق ونحوه^(١).

ثم جاء مشروع وزارة الأوقاف المصرية عام ١٩٥٤ م بإنشاء صندوق تأمين على العمارت التابعة لها يكون له شخصية معنوية^(٢).

ثم جاء التطبيق العملي لإنشاء شركة التأمين الإسلامية المحدودة من قبل بنك فيصل الإسلامي السوداني حيث أصدر قراراً بإنشائها في ١١/٣/١٩٧٩^(٣)، ثم الشركة الإسلامية للاستثمار الخليجي التي مقرها بالشارقة حيث أعلنت عن المضاربة الإسلامية للاستثمار والادخار والتكافل بين المسلمين (البديل الإسلامي للتأمين الغربي على الحياة)^(٤).

إعادة التأمين في التأمين التعاوني :

إن إعادة التأمين من أصعب الأمور التي تواجه التجربة الإسلامية، ولذلك وجه بنك فيصل الإسلامي السوداني (صاحب أول تجربة تطبيقة)

(١) مجلة الأزهر الرقم ٢٦ عام ١٩٥٤ م (ص ١٣٠ – ١٣١) المشار إليه في المرجع السابق (ص ٤١).

(٢) د. محمد السيد الدسوقي التأمين و موقف الشريعة الإسلامية منه (ص ١٤٤).

(٣) يراجع تفصيلها في د. غريب الجمال: المرجع السابق (ص ٣١٩ – ٣٣٨).

(٤) يراجع تفصيلها في د. الزغبي المرجع السابق (ص ٥٢٢).

سؤالاً حولها إلى هيئة الرقابة الشرعية له التي وافقت على ذلك بشروطه. وضوابط نذكر السؤال والجواب كما ورد في كتاب التأمين التجاري والبديل الإسلامي للدكتور غريب جمال (ص ٣٤٠ - ٣٤٤) :

(أ) يشير السؤال إلى أنه لا قيام لشركات التأمين ولا ازدهار لصناعة التأمين إلا بترتيبات إعادة التأمين، وإعادة التأمين تأمين من نوع خاص؛ إذ تقوم شركة التأمين (ويسمى التأمين المباشر) بدفع جزء يتفق عليه من أقساط التأمين التي تحصل عليها من جمهور المستأمينين لشركة إعادة تأمين تضمن لها نظير أقساط إعادة التأمين هذه مقابلة جزء من الخسائر.

وعند وقوع الخطر المؤمن ضده يلجأ المستأمين إلى شركة التأمين المباشر مطالباً بجراحته ما لحقه من خسارة فتقوم هذه الأخيرة بدفع كل الخسارة على أن تطالب شركة إعادة التأمين بعد ذلك بدفع جزء التعويض حسب نصوص اتفاقية إعادة التأمين المبرمة بينهما.

واتفاقية إعادة التأمين علاقة عقدية بين شركة التأمين المباشر وشركة إعادة التأمين ولا شأن لجمهور المستأمينين بها.

والعرف الساري أن تدفع شركة إعادة التأمين لشركة التأمين عمولة لتغطية مصاريفها الإدارية الالزامية للحصول على أقساط التأمين في المقام الأول مع إضافة قدر ضئيل كأجر لشركة التأمين نظير ما قامت به من عمل، وفي نهاية كل عام بعد أن تقوم شركة إعادة التأمين بعمل حساب الأرباح والخسائر فإذا تبين أنه قد فاض عن أقساط إعادة التأمين شيء بعد خصم النفقة الإدارية ودفع التعويضات للمتضررين فإن شركة التأمين التجاري تستحق في العادة عمولة أرباح عبارة عن نسبة مئوية من هذا الفائض، ولكن إذا زادت

التعويضات المدفوعة عن جملة أقساط إعادة التأمين فإن تبعة الخسارة تقع على عاتق شركة إعادة التأمين ولا تتحمل شركة التأمين بنصيب في الخسارة. كما أن العرف جرى في التأمين التجاري على أن تقتضي شركة إعادة التأمين من شركة التأمين المباشر سعر فائدة (بمعدل ٣,٥٪ في المتوسط عن المبالغ التي تقوم هذه الشركة الأخيرة باحتياطها كاحتياطي لمقابلة الأخطار السارية، وقد جرى العرف على أن توظف شركة التأمين هذا الاحتياطي باقراضه بسعر فائدة يزيد عن ٣,٥٪ محفوظة بالفرق بين سعر الفائدة).

ولقد واجهتنا مسألة إعادة التأمين هذه عند التفكير في إنشاء شركة التأمين التعاوني، إذ كما ذكرنا فإن عدم إجراء ترتيبات إعادة التأمين قد يتربط عليه في حالة حدوث خسائر ضخمة انهيار الشركة وبقاء صناعة التأمين إلى الأبد في أيدي اليهود الذين يسيطرون مع الأسف على هذه الصناعة.

ونظراً لعدم وجود هيئة إعادة تأمين تعمل على النظام التعاوني، فإن الضرورة تقتضي إعادة التأمين في الوقت الحاضر لدى شركات إعادة التأمين المعروفة وذلك إلى أن تقوم مثل هذه الهيئة التعاونية لإعادة التأمين، وقيام هذه الهيئة مرتبط بنجاح شركات التأمين التعاونية وتكوينها لاحتياطات معقولة، كما أن نجاح شركات التأمين التعاونية واستمرارها مرتبط بدوره بمسألة التأمين.

لكل ذلك نسأل :

هل يجوز للضرورة عمل ترتيبات إعادة تأمين مع شركات إعادة التأمين التجارية حتى تقوم شركة إعادة تأمين تعمل وفق أحكام الشريعة السمحاء؟

علمًا بأننا سنراعي في اتفاقية إعادة التأمين تجنب المحظورات الشرعية وبالأخص :

١ - ستقوم الاتفاقية على أساس المشاركة بيننا وبين شركة إعادة التأمين بمعنى أن شركة إعادة التأمين ، في مقابل تنازلنا عن ٥٥٪ من جملة أقساط التأمين المتحصلة ستضمن لنا ٩٠٪ من الخسارة التي تتعرض لها وسنقلل تدريجياً نسبة ما ندفعه لشركة إعادة التأمين وتقل وبالتالي النسبة التي يتحملونها من الخسارة .

٢ - لن نتقاضى أية عمولة من شركة إعادة التأمين .

٣ - لن نتقاضى عمولة أرباح من شركة إعادة التأمين .

٤ - لن نحتفظ بأية احتياطيات عن الأخطار السارية حتى لا نضطر إلى دفع فوائد ربوية عنها .

٥ - لا نتدخل في طريقة استثمار شركة إعادة التأمين لأقساط إعادة التأمين المدفوعة لها وليس لنا أي نصيب في عائد استثماراتها كما أنها وبالتالي لستنا مسؤولين عن أية خسارة قد تتعرض لها .

نكرر القول أن لجوءنا إلى التعامل مع شركات إعادة التأمين التجارية أملته الضرورة إذ يترتب على عدم إعادة التأمين قبر فكرة التأمين التعاوني في المهد ، وفي هذا الإجراء المؤقت الذي نلجأ إليه لإعادة التأمين مصلحة محققة ل الإسلام تمكنا من ازدهار صناعة التأمين المتسلقة مع النهج الإسلامي وتمهد لقيام شركات إعادة تأمين إسلامية في وقت قريب بإذن الله .

(ب) وقد جاءت إجابة هيئة الرقابة الشرعية على الاستفسار المذكور على الوجه التالي :

الجواب :

الجواب عن الاستفسار المذكور الخاص بإعادة التأمين يخضع أيضاً للضوابط المقدمة (أي التي ذكرتها الهيئة في شأن ردها على الاستفسار الخاص بالتأمين التجاري) لأن عقد إعادة التأمين التجاري لا فرق بينه من حيث حقيقته وبين عقد التأمين التجاري، فهو عقد تأمين تجاري يكون المؤمن له فيه شركات التأمين بدلاً من الأفراد. والضوابط التي ذكرناها تقتضي بمنع إعادة التأمين إلا إذا دعت إليه الحاجة المتعينة، فهل هناك حاجة إلى إعادة التأمين؟ أي: هل تكون شركات التأمين في مشقة وحاجة إذا لم تتعامل مع شركات إعادة التأمين؟؟

والجواب عن هذا السؤال تقع مسؤوليته على إدارة البنك وخبراء التأمين فيه، وقد ورد في الاستفسار ما يدل دلالة واضحة على وجود الحاجة الخاصة إلى إعادة التأمين. فقد جاء في أول الاستفسار «لا قيام لشركات التأمين ولا ازدهار لصناعة التأمين إلا بترتيبات إعادة التأمين» وجاء في وسط الاستفسار «هل يجوز للضرورة^(١) عمل ترتيبات إعادة تأمين مع شركات إعادة التأمين التجارية حتى تقوم شركات لإعادة تأمين تعمل وفق أحكام الشريعة السمحاء؟» وتكرر مثل هذا في أكثر من موضع في الاستفسار:

إذا كان هذا هو رأي خبراء البنك وإدارته فإن الهيئة ترى جواز إعادة التأمين لوجود الحاجة المتعينة مع إبداء الملحوظات والتحفظات التالية:

١ - ترى الهيئة أن يقلل ما يدفع لشركة إعادة التأمين إلى أدنى حد

(١) الضرورة بالمعنى الفقهي غير متصور وجودها في التأمين؛ لأن الضرورة هي أن يبلغ المرء حدّاً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب. «الأشباه والنظائر للسيوطى ٧٧ القاعدة الرابعة» وواضح أن المراد بالضرورة هنا الحاجة؛ لأن عدم التأمين أو إعادة لا يترب عليه خوف الهلاك.

ممكн باقدار الذي يزيل الحاجة، عملاً بقاعدة «الحاجة تقدر بقدرها» وقدير ما يزيل الحاجة متروك للخبراء في البنك، فإذا رأوا أن ٥٥٪ التي جاءت في الاستفسار (بند ١) هي الحد الأدنى فلا اعتراض للهيئة عليه، كما أنه لا اعتراض على النسبة التي ستضمنها شركة إعادة التأمين من الخسارة التي تتعرض لها شركة التأمين التعاوني.

٢ — توافق الهيئة على ما جاء في الاستفسار (بند ٢ — ٣) من أن شركة التأمين التعاوني لن تتقاضى عمولة أرباح ولا أية عمولة أخرى من شركة إعادة التأمين.

٣ — توافق الهيئة على ما جاء في الاستفسار (بند ٤) من أن شركة التأمين التعاوني لن تحفظ بأي احتياطيات عن الأخطار السارية لأن حفظها يترتب عليه دفع فائدة ربوية لشركة إعادة التأمين.

٤ — توافق الهيئة على ما جاء في الاستفسار (بند ٥) من عدم تدخل شركة التأمين التعاوني في طريق استثمار شركة إعادة التأمين لأقساط إعادة التأمين الموضوعة لها وعدم المطالبة بنصيب في عائد استثماراتها وعدم المسؤولية عن الخسارة التي تتعرض لها.

٥ — ترى الهيئة أن يكون الاتفاق مع شركة إعادة التأمين لأقصى مدة ممكنة وأن يرجع البنك إلى الهيئة إذا أريد تجديد الاتفاق.

٦ — تحت الهيئة^(١) البنك أن يعمل منذ الآن على إنشاء شركة إعادة تأمين تعاوني تغطيه عن التعامل مع شركة إعادة التأمين التجاري.

(١) تكون هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني من السادة أصحاب الفضيلة: الدكتور صديق الضرير (رئيس الهيئة) والشيخ عوض الله صالح (مفتي الجمهورية السودانية) والدكتور حسن عبد الله، والدكتور خليفة بابكر، والدكتور يوسف العالم (أعضاء).

البديل الشرعي للتأمين على الأشخاص (على الحياة)

التأمين التعاوني بشروطه وضوابطه يسع التأمين على الأشخاص – بما فيه التأمين على الحياة – ولكنه مع ذلك لا مانع من إعطاء خصوصية لهذا النوع باعتبار أن البحث فيه .

ويمكن أن يتمحقق الغرض المنشود من التأمين على الحياة من خلال ما يأتي :

التأمين التعاوني العادي : بأن يتافق جماعة على أن يدفع كل واحد منهم قسطاً واحداً أو أقساطاً محددة فإذا مات أحدهم يرجع إلى ورثته ما دفعه ثم تقرر البقية ما يريدون دفعه إليهم من باب التعاون والتكافل .

ويمكن تشكيل مجلس يدير الأصول المجتمعية التي تخصص للحالات التي ذكرت من الموت والإصابة والمرض وفقد الوظيفة .

ويمكن أن يكون ما يدفعه هؤلاء قرضاً أو قرضاً أو هبة .

ويمكن تطوير هذه الفكرة من خلال الجمع بين الهبة والمضاربة الإسلامية أو من خلال المضاربة الإسلامية والتبرع بأرباحها لحالات الموت والمرض ونحو ذلك ولا مانع شرعاً من إنشاء شركة إسلامية خاصة للتأمين الإسلامي على الحياة أو تخصيص فرع لأداء هذا الدور على ضوء الخطوات الآتية :

١ – تقوم شركة مضاربة (أو البنك) بطرح المشاركة الفعلية في مشروع «التأمين على الحياة» من خلال نظام يبين فيه جميع الشروط والضوابط .

ولامانع من طرح صكوك في المساهمة فيها ينص فيها على ما يأتي :

٢ – لكل شخص الحق في المشاركة بمبلغ كذا على شكل قسط واحد أو أقساط محددة .

٣ – تستثمر هذه الأموال وتكون نسبة الربح فيها ١٠٪ مثلاً للشركة والباقي لصالح المستأمينين .

٤ – عند الموت أو الإصابة أو المرض أو فقد الوظيفة أو نحو ذلك يرد على المصاب أو ورثته – كل ذلك حسب الاتفاق ونصوص العقد – جميع أمواله مع أرباحها إن وجدت .

٥ – يشكل صندوق استثماري خاص تابع للشركة لصالح المستأمينين يكون مخصصاً للتبرعات والصدقات والزكوات يؤخذ منه حسب موافقة مجلس الإدارة ما يتناسب وحجم المصيبة والحاجة والعزوز إن لم يكن ما ردا على المصاب أو ورثته يغطي الحاجة الحقيقية .

٦ – يمكن أن يكون استرداد الأموال في الفقرة (٣) والمنحة في فقرة (٤) على شكل أقساط شهرية أو مرة واحدة حسب الاتفاق ، أو يعطى الخيار للورثة أو المصاب في حينه .

٧ – أن يكون المشتركون متكافلين فيما بينهم تكافلاً إسلامياً بحيث يقومون بدفع مبلغ مناسب عند وقوع الموت أو المرض أو نحو ذلك .

ويمكن أن يكون التكافل بينهم على أساس الأقساط المتبقية على المستأمن في حالة عدم سدادها بسبب الموت أو العجز عنها .

هذا وقد قامت الشركة الإسلامية للاستثمار الخليجي التي مقرها بالشارقة بالإعلان عن المضاربة الإسلامية السابعة للاستثمار والادخار والتكافل بين المسلمين ، التي سمتها (البديل الإسلامي للتأمين الغربي على

الحياة)، جاء في نشرتها الصادرة عن الشركة لهذا الغرض ما يأتي^(١):

ومن أهداف المضاربة الإسلامية السابعة للاستثمار الأدخار والتكافل بين المسلمين، إن الشركة تقوم على أساس شركة المضاربة (أو القراض) في الفقه الإسلامي، الطرف الأول فيها هم أرباب المال والطرف الثاني فيها المضارب الذي يقدم خبرته في إدارة المال، وقد قبل المشركون المساهمة فيها بالشروط الآتية:

- ١ - أن يجمع نصيب كل مشارك في المضاربة اعتباراً من تاريخ اشتراكه وحتى بلوغه سن الستين عاماً على أقساط سنوية متساوية تنتهي بتاريخ الاستحقاق المحدد له بصلك المضاربة وهو سن الستين.
- ٢ - أن يتم استثمار أموال المضاربة في أوجه الاستثمار الحلال، كما يعاد استثمار ما تتحققه من أرباح تخص المشاركين شهرياً كأصول للمضاربة.
- ٣ - أن يدخل نصيب كل مشارك في المضاربة مع ما يخصه من ربح أعيد استثماره لحين بلوغه سن الستين (تاريخ الاستحقاق المحدد له).
- ٤ - أن يتم التكافل بين المشاركين من أرباحهم فقط تكافلاً إسلامياً وتبرعاً منهم دون مقابل لورثة من وافته المنية قبل سداد ما تعهد به من أقساط سنوية ففي هذه الحالة يدفع لورثة المتوفى الأقساط التي دفعها المتوفى والأرباح التي تحققت له قبل الوفاة، ثم يتكافل كل المشاركين في المضاربة تكافلاً إسلامياً ليسدوا للورثة الأقساط الباقية التي تعهد مورثهم بأن يسددها حتى تاريخ الاستحقاق المحدد له سن الستين، تدفع لهم في الحال، وعلى أن تقسم الأموال بين ورثة المتوفى حسب نظام الميراث الإسلامي.

(١) يراجع: د. الزغبي المرجع السابق (ص ٥٢٢ - ٥٢٧).

وبالنسبة لنظام الشركة ولائحتها الأساسية فتقوم على ما يأتي :

أولاً - سياسة الاستثمار :

تتولى الشركة الإسلامية للاستثمار الخليجي إدارة أموال شركة المضاربة في الاستثمارات المتنوعة طويلة ومتوسطة وقصيرة الأجل والتي تبighها الشريعة الإسلامية الغراء تحت إشراف هيئة الرقابة الشرعية على أن تعطى الأولوية للبلاد الإسلامية في هذه الاستثمارات .

ثانياً - مدة المضاربة :

المضاربة الإسلامية السابعة مفتوحة للاكتتاب في أي وقت، ويفبدأ اشتراك المكتتب من تاريخ استلام أول قسط وإلى أن يبلغ سن الستين .

ثالثاً - سداد الأقساط :

يسدد المشترك قيمة صكوه على أقساط سنوية متساوية وحتى يبلغ سن الستين ويحدد عدد الأقساط وقيمتها على أساس سن المشترك عند الاكتتاب وعدد الصكوك المكتتب فيها .

رابعاً - الأقساط التي ستدفع :

سيشتري بها عدداً من الحصص في المضاربة بقيمتها عند أول تقييم يلي تاريخ السداد، وقيمة الحصة تقدر أخذنا في الاعتبار الأرباح المتراكمة وتنشر شهرياً في الصحف، وبذلك يمكن للمشترك أن يتابع قيمة استثماراته .

خامسًا - توزيع الأرباح :

يوزع صافي أرباح الاستثمارات شهرياً بمعدل تسعة عشر الربع للمشترين في المضاربة ويعاد استثمارها لصالحهم والعشر للمضارب، أي : للشركة الإسلامية للاستثمار .

سادساً – شروط التكافل ومزاياه :

١ – لما كانت الشريعة الإسلامية الغراء قد حثت على التكافل والترابط والتعاون بين المسلمين فقد اتفق المشترون في هذه المضاربة فيما بينهم على أن يقوموا بتحصيص جزء من أرباح المضاربة لتحقيق هذا التكافل حسب الحاجة .

٢ – من أجل ذلك قبل المشترون عن طيب خاطر، ورضاه نفس، وتنازل كل منهم عن بعض ما ربحه بنسبة مشاركته تبرعاً دون مقابل لدفع مبالغ الأقساط المتبقية على من فاجأته المنية من المشترين قبل أن يكمل ما تعهد بسداده من أقساط في هذه المضاربة حتى تاريخ الاستحقاق المحدد له يدفعونها لورثة المتوفى تكافلاً إسلامياً بالشروط الآتية :

- * أن تكون البيانات التي تقدم بها المشترك المتوفى في طلب انضمامه للمضاربة صادقة وصحيحة .
- * أن تكون وفاة المورث حدثت بغير الانتحار الذي حرمه الدين الحنيف .
- * ألا يكون المورث قد أعدم قصاصاً شرعياً أو حداً كذلك .
- * ألا يكون المورث قد قتله الورثة باشتراكهم جمیعاً، فإن ثبت أن القاتل هو أحد الورثة فقط حرم وحده من نصيبيه في التكافل .
- * أن يكون قد مضى على تاريخ اشتراكه في المضاربة الموضح بالصلك مدة لا تقل عن عام ميلادي .
- * أن يكون قد قام بسداد الأقساط المستحقة عليه قبل الوفاة بانتظام وفي مواعديها المحددة .

٣ – إذا تحققت شروط التكافل الموضحة تسدد ميزات التكافل من

الأرباح فقط في حينها أو على أقساط متتالية حسبما يرزق الله به من ربح، بحيث يستوفي ورثة المتوفى مبلغ التكافل الموضع بالشرط.

فمثلاً إذا اكتتب المشترك في المضاربة في سن الأربعين سنة بأربعة صكوك قيمة كل منها خمسة آلاف دولار أمريكي ثم وافته المنية بعد أن سدد خمسة أقساط يحصل ورثته على الآتي:

الخمسة أقساط السنوية المدفوعة وقيمتها ٥٠٠٠ ألف دولار أمريكي وعلى فرض أن رزق الله من الأرباح ١٥٠٠ دولار أمريكي والخمسة عشر قسط المتبقية تكافلاً إسلامياً وقيمتها ١٥٠٠ دولار أمريكي فيكون إجمالي المدفوع للورثة ٢١٥٠٠ دولار أمريكي.

سابعاً - الانسحاب:

يجوز للمشترك أن يطلب الانسحاب من المضاربة بشرط مضي سنتين على الأقل من تاريخ اشتراكه الموضع بهذا الصك وفي هذه الحالة يكون للمشترك المنسحب الحق في قيمة ما يملكه من حصص في المضاربة حسب آخر يوم تقييم قبل الانسحاب، وذلك بعد خصم ٥٪ للاحتياطي، وقد قبل المنسحب خصم ذلك متنازلاً عنه لشركة المضاربة حتى تتمكن من تحقيق ما التزمت به من تكافل بين المسلمين المشتركين ولمواجهة ما قد يصيب شركة المضاربة من أضرار مالية نتيجة انسحابه. وتم طلبات الانسحاب على نموذج يطلب من مكاتب الشركة الإسلامية للاستثمار الخليجي. وبعد استيفاء إجراءاته يتم السداد بموجب شيك يحرر لأمر المشترك ويسلم له خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديم الطلب.

ثامناً - المصاروفات:

سوف تتحمل شركة المضاربة مصاريفها الفعلية الخاصة بها تحت إشراف مراقب الاستثمار، وتشمل المصاريف الإدارية العامة وال مباشرة

للمضارب لإدارة أموال شركة المضاربة والقيام بالسداد للمشترين، على أن تتجاوز هذه المصاروفات في أي شهر عن وحدة نقدية واحدة لكل ألف منها في نهاية الشهر، وأي زيادة في المصاريف يجوز خصمها من شهور تالية في هذه الحدود، ويتحمل المضارب المصاريف المتبقية بعد ما ذكر خصماً من نصبيه في الأرباح^(١).

الخلاصة

بعد هذا الاستعراض السريع نستطيع القول بأن فكرة التأمين على الأشخاص (التأمين على الحياة) ليست مخالفة للشريعة الإسلامية الغراء، ولا تصطدم – كفكرة وكتظام – بقضاء الله تعالى وقدره. وإنما المشكلة في صياغة هذه العقود من قبل شركات التأمين التجارية حيث تتضمن مخالفات شرعية.

ومن هنا فما دامت الفكرة مقبولة، بل مطلوبة، لأنها من باب التعاون والتكافل الإسلامي علينا جميعاً أصحاب العلم وأصحاب المال والشركات أن نبحث عن صياغات وعقود لا تتوافق فيها المخالفات للنصوص الشرعية، وأن نبذل كل ما في وسعنا للوصول إلى تحقيق هذا الهدف المنشود.

ونقول: إن الأصل في العقود والشروط الإباحة، ومن هنا فعلينا البحث عن عقود وشروط لا تصطدم مع النصوص الشرعية المعتبرة، وليس بالضرورة موافقتها لأحد العقود السائدة في الفقه الإسلامي كما أثبتنا ذلك في رسالتنا الدكتوراه^(٢).

(١) انظر النشرة التي أصدرتها الشركة الإسلامية للاستثمار الخليجي بهذه المناسبة، ويراجع الدكتور الزغبي: المراجع السابق (ص ٥٢٢) وما بعدها.

(٢) مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة، طبعة دار البشائر (١١٤٨/٢).

ومن جانب آخر فهناك بعض مؤسسات إسلامية للتأمين الإسلامي تعمل منذ فترة، فعلينا أن ندرس نتائج التطبيقات التي ظهرت من خلال الممارسات ونقوم بدراسة مستفيضة للوصول إلى أحسن الأساليب لتحقيق هذا الهدف النبيل. والله أسأل أن يوفق الجميع لخدمة الاقتصاد الإسلامي نظرية وتطبيقاً وأن يعصمنا عن الخطأ والزلل في العقيدة والقول والعمل وهو مولانا فنعم المولى ونعم النصير.

الخلاصة في التمييز بين التأمين كفكرة ونظرية والتأمين من حيث تنظيمه في العقود الحالية

أما التأمين كفكرة ونظرية :

فلا شك أنه مقبول لأنه كما يقول الأستاذ السنهوري: «ليس إلا تعاوناً منظماً بين مجموعة من الناس لدفع المخاطر وتفتيتها بحيث إذا تعرض بعضهم لخطر تعاون الجميع في مواجهته بتضحيه قليلة يبذلها كل منهم يتلافون بها أضراراً جسيمة تحقيقاً بمن نزل الخطر به لو لا هذا التعاون»^(١).

يقول الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا: «إن المفهوم المأثور في أذهان علماء القانون لنظام التأمين أنه نظام تعاوني تضامني يؤدي إلى تفتيت أجزاء المخاطر والمصائب وتوزيعها على مجموع المستأمين عن طريق التعويض الذي يدفع للمصاب من المال المجموع من حصيلة أقساطهم بدلاً من أن يبقى الضرر على عاتق المصاب وحده ويقولون: إن الإسلام في جميع شريعاته المتعلقة بتنظيم الحياة الاجتماعية والاقتصادية يهدف

(١) د. السنهوري المرجع السابق (٧/٢ - ١٠٨٦ - ١٠٨٧).

إلى إقامة مجتمع على أساس التعاون والتكافل المطلوب في الحقوق والواجبات^(١).

وعلى هذا الأساس: فهذه فكرة لا شك أنها مقبولة شرعاً ومتتفقة مع مقاصد الشريعة في التعاون على البر والإحسان والتقوى، ولا خلاف في مشروعية ذلك، بل إنه مطلب إسلامي تقوم عليه معظم أحكام الشريعة؛ حيث دعت إلى التعاون والتكافل الاجتماعي والتضامني والأخوة والإيثار، بل إن الإسلام لم يقف عند حد الدعوة الخلقية، والبحث والتشجيع وإنما فرض عدة فرائض تنصب على هذا المطلب التعاوني، التكافلي، مثل نظام الزكاة، وجعل الفقراء والغارمين وابن السبيل ضمن مصارف الزكاة، ومثل نظام النفقة للأقارب ونظام الصدقة الزائدة على الزكاة عند الضرورة والحاجة، ومثل نظام العوائل، إضافة إلى واجب الدولة في توفير الحياة الكريمة للأفراد وتحمل خزانتها (بيت المال) لدفع الديون إذا مات صاحبها ولم يترك لأدائها مالاً، وتحملها تحقيق التكافل الاجتماعي.

التأمين من حيث تنظيمه في العقود الحالية:

فالخلاف في التأمين يحقد نظمتها القوانين الوضعية، وقد عرضنا في بحثنا السابق (الذى نوقش في الندوة الفقهية الثالثة) آراء المميزين والمانعين والمتوسطين بإيجاز فلا داعي لتكرارها، وقد انتهينا إلى ترجيح المانعين

(١) الأستاذ مصطفى الزرقا في بحثه بعنوان: نظام التأمين و موقف الشريعة الإسلامية منه، والمنشور في كتاب «الاقتصاد الإسلامي» المطبوع بالمركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي، ط ١٤٠٠هـ، (ص ٣٧٩) وبحثه المقدم إلى مهرجان الإمام ابن تيمية الذي عقده المجلس الأعلى للفنون والآداب عام ١٩٦١ (ص ٣٨٥)، ود. حسين حامد، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، ط دار الاعتصام، (ص ١٦).

للعقود الحالية وإجازة التأمين بكل صوره إذا كان قائماً على التعاون؛ وذلك لأن أساس الفكره حتى بخصوص التأمين على الحياة مشروع.

والخلاصة:

إن نظام التأمين يتضمن جانبين: أحدهما نظري يعتبر أساساً له والثاني الجانب التطبيقي المتمثل في العقود التي نظمتها القوانين الوضعية وطبقت في العالم الغربي بل في عالمنا الإسلامي.

فالجانب الأول يقوم على عدة أساس فنية وهي:

(أ) التعاون: حيث لا يستطيع الإنسان أن يواجه بمفرده الكوارث والمصائب والخسائر الكبيرة فينضم إلى مجموعة يشتركون في تحمل نتائجها فتتوزع نتائج تلك الأخطار عليهم، وبذلك يذوب أثرها على المصاب.

ولهذا التعاون في التأمين صورتان:

- ١ — التعاون الشخصي الذي يتم بين أشخاص.
- ٢ — التعاون المادي الذي لا يكون أساساً بين الأشخاص وإنما بين مخاطر متعددة، وهذا ما تقوم به الشركات الكبرى التي تقوم بنشاط معقد كشركات النقل والبترول والمناجم.

(ب) المقاومة بين المخاطر من خلال توزيع دقيق لعبء المخاطر على مجموع المؤمن لهم عن طريق دفع كل منهم قسطاً معيناً؛ حيث تجري المقاومة بين ما تتحقق من المخاطر وما لم يتحقق حين يوزع نتائجها على المؤمن لهم جميعاً، ولذلك لا بد من وجود قدر من التشابه بين تلك المخاطر من حيث طبيعة المخاطر كالحرائق مثلاً فلا يضم إليه الوفاة بل يقتسم -- حتى أخطار التأمين على الحياة -- على أقسام فرعية منضبطة كالتأمين

لحال الحياة، والتأمين على الوفاة، ومن حيث موضوع المخاطر ومحلها، ومن حيث قيمة المخاطر ومدة التأمين.

(ج) عوامل الإحصاء للاحتمالات من خلال الاعتماد على قانون الأعداد الكبيرة الذي يؤدي إلى نتيجة متقاربة للواقع وكذلك الاعتماد على صفات الخطر المؤمن ضده من حيث الزمن المختلف وانتشار الخطر واتساعه^(١).

فهذه الأسس الفنية كلها مقبولة شرعاً، بل هي من مقاصد الشريعة الغراء، وكذلك الأمر لو نظرنا إلى فوائد التأمين ومنافعه التي تتحقق:

* للأفراد: حيث يجلب لهم الأمان للفرد، حيث يطمئن على أن الأخطار التي يقع عليه في المستقبل لن يتحملها وحده وإنما تفتت من خلال الشركة، وحيثئذ يقدم على المشروعات الاقتصادية المفيدة بشيء من الجرأة والثقة والاطمئنان.

* للمجتمع: فإن التأمين يؤدي إلى ازدهار المجتمع اقتصادياً واجتماعياً:

١ - حيث لا يصبح الفرد عالة على المجتمع في حالة إصابته وإنما يجد في مبلغ التأمين الذي يعطى له (في التأمين على الأشخاص) مورداً للرزق.

٢ - وكذلك لا تفلس الشركة إن أصابت تجاراتها أو أعمالها أو مبانيها بجوانح بل تكون في مأمن من حيث الحفاظ على رؤوس أموالها وأصولها^(٢).

(١) المراجع السابقة وبالأخص د. أحمد شرف الدين: المرجع السابق (ص ٦٥ - ٧٤).

(٢) يراجع في تفصيل ذلك: د. عبد الودود يحيى: التأمين على الحياة عام ١٩٦٤ م، ط القاهرة (ص ٤٢) والمراجع السابقة.

وهذه المنافع أيضًا مشروعة في الإسلام، بل هو يدعو إلى تحقيقها بكل الوسائل المشروعة، فهو: رحمة كله، خير كله، مصلحة كله، منفعة جماعية.

الجانب الثاني : عقود التأمين :

وإنما الإشكال في صياغة عقود التأمين على ضوء ما صاغها الفكر الرأسمالي اليهودي حيث لم ينظر فيه بالتأكيد، إلى الضوابط الشرعية بل ولا إلى الضوابط الدينية بصورة عامة، وإنما كان هم الشركات التي تبنت هذه الفكرة هي تحقيق الربح بأية وسيلة ممكنة. وهذا يدفعنا إلى قبول الفكرة وتغيير تلك العقود والوسائل إلى العقود التي تنعدم فيها المخالفات الشرعية، وهذا ما تتجه إليه شركات التأمين الإسلامية.

مبادئ التأمين الإسلامي وضوابطه وعناصره الأساسية

يمكن تلخيص هذه المبادئ الأساسية في التأمين الإسلامي والعناصر الأساسية المطلوب توافرها في عقود التأمين الإسلامي على الحياة في المبادئ والعناصر الآتية:

أولاً — عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية:
أي عدم مخالفة الشركة في عقودها وتصرفاتها لأحكام الشريعة الإسلامية بأن لا تتضمن شروطًا مخالفة لنص من الكتاب والسنة الصحيحة أو لا تدع أموالها في البنوك الربوية، ولا تصرف تصرفات مخالفة لها.

ونعني بما سبق: أن العقود الجديدة لا يشترط فيها أن تكون موافقة لعقد سابق من العقود المقررة في الفقه الإسلامي، ولا أن تكون شروطها موجودة في الكتاب والسنة وإنما يكتفى في باب المعاملات أن لا تكون مخالفة لأحكام الشريعة الغراء، وذلك لأن الأصل في العقود والشروط

الإباحة إلا ما دل دليل على حرمتها وهذا ما يعبر عنه بالحرمية التعاقدية، وهذا الأصل مدعم بكثير من النصوص الشرعية من الكتاب والسنّة منها قول الله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ إِمَّا مُنَوِّأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾^(١)، قوله تعالى أيضًا: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُلًا﴾^(٢).

وأما الأحاديث الدالة على حرمة مخالفة الوعد والعهد فكثيرة، إضافة إلى الحديث الذي رواه الترمذى وصححه عن عمرو بن عوف المزنى عن النبي ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا شرطًا حرم حلالًا أو أحل حرامًا، وال المسلمين على شروطهم إلا شرطًا حرم حلالًا أو أحل حرامًا»^(٣) رواه البخارى تعليقًا بصيغة الجزم بلفظ «المسلمون عند شروطهم» أي دون الاستثناء.

وكذلك يتفق هذا الأصل مع مقاصد الشريعة في التيسير على الناس ورفع الحرج وعدم التضييق عليهم كما أنه مدعم بالقاعدة الأصولية: في أن الأصل في الأشياء الإباحة أو أن الأصل في غير الشعائر (العبادات) الإباحة^(٤).

وهذا ما عليه الكثيرون من الفقهاء المتقدمين مثل أحمد، بل إن نصوص بقية الأمة تدل أيضًا على أن الأصل في العقود والشروط الإباحة^(٥).

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

(٣) سنن الترمذى مع تحفة الأحوذى: كتاب الأحكام (٤/٥٨٤)، ورواه أيضًا ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٢٩/١٤٧)، ط الرياض، ونيل الأوطار (٦/٤٢٨).

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ط عيسى الحلبي (ص ٦٦).

(٥) يراجع: مبدأ الرضا في العقود – دراسة مقارنة (٢/١١٤٨) وما بعدها.

وقد دافع شيخ الإسلام «ابن تيمية» عن هذا الأصل دفاعاً رائعاً^(١).

كما استنبط بعض المفسرين استنباطات رائعة للاستدلال على هذا الأصل حيث يقول الفخر الرازي في تفسير قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ﴾^(٢): هذه الآية الكريمة دالة على أن كل عقد وقع التراضي عليه بين الخصميين فإنه انعقد وصح وثبت؛ لأن رفعه بعد ثبوته يكون إفساداً بعد الإصلاح، والنصل دال على أنه لا يجوز، وإذا ثبت هذا القول فإن مدلول هذه الآية من هذا الوجه متتأكد بعموم قوله تعالى: ﴿ ... أَوْفُوا بِالْمُعْهُودِ ... ﴾^(٣)، وتحت قوله: ﴿ وَالَّذِينَ هُرُّ لِأَمْنَتِهِمْ وَعَاهَدُهُمْ رَعُونَ ﴾^(٤).

وتحت سائر العمومات الواردة في وجوب الوفاء بالعهود والعقود، إذا ثبت هذا فنقول: إن وجدنا نصاً دالاً على أن بعض العقود التي وقع التراضي به من الجانبين غير صحيح قضينا فيه بالبطلان تقدি�ماً للخاص على العام وإلا حكمنا فيه بالصحة رعاية لمدلول هذه العمومات^(٥).

ثانياً - التبرُّع:

لا بد حتى تكون عقود التأمين مشروعة أن تكون قائمة (من حيث المبدأ) على التبرع، وذلك لأن عقود المعاوضات الممحضة تؤثر فيها الجهة الفاحشة والغرر بينما لا يؤثران في التبرعات حيث تتحملهما، وذلك لأن لكل عقد في الفقه الإسلامي ميزانه الخاص، فميزان عقود المعاوضات

(١) قاعدة العقود (ص ٤ - ١٥).

(٢) سورة الأعراف: الآية ٥٦.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

(٤) سورة المؤمنون: الآية ٨، سورة المعارج: الآية ٣٢.

(٥) التفسير الكبير للفخر الرازي (٤ / ٣٥٠).

الصرفة غير ميزان عقود التبرعات الممحضة، فميزان النوع الأول قائم على وضوح الرؤية والعلم بالمعقود عليه لأن كلاً من العاقدین يدفع شيئاً في مقابل ما يدفعه الآخر، فإذا لم يكن عالماً به لم يتحقق رضاه المشروع في التجارات كما يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿... لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَ حَسْكَمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَن تَكُونَ بِنَحْكَرَةٍ عَنْ تَرَاضِّكُمْ...﴾^(١).

ولذلك يؤثر فيه الجهالة والغرر لأنه مع وجودهما لم يتحقق الرضا، والعلم، والعدالة التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية الغراء، بينما يقوم ميزان النوع الثاني (التبرعات) على الإحسان والبر والطمع في الأجر والثواب، وحيثند لا تؤثر فيه الجهالة.

والأصل في ذلك يعود إلى أن العقود الشرعية في الإسلام يجب أن لا تؤدي إلى خلق النزاع والمشاكل بين الأفراد، ومن هنا فإذا وجدت جهالة فاحشة أو غرر في عقد قائم على المعاوضة فإنه بالتأكيد يؤدي إلى النزاع، ولذلك تحكم عليه الشريعة من بدايته بالبطلان أو الفساد حتى لا يقدم على مثله المسلم، أما إذا كان العقد في باب التبرعات فلا تؤدي الجهالة أو الغرر إلى النزاع، فلو قال: أهب إليك شاة، ثم بعد ذلك سلم للموهوب له أية شاة فلا نزاع ولا إشكال إذ ليس على المحسنين من سبيل، لكنه لو قال: بعث لك شاة بعشرين ديناراً وقبله الآخر فإنه يؤدي إلى النزاع لأن المشتري يتصور في نفسه شاة بمواصفات خاصة بينما البائع ينظر إلى مصلحته وهكذا، لذلك قطع الشرع هذه الذرائع المؤدية إلى الفساد.

وهذا ما أكدته الإمام القرافي حيث قال: «الفرق... بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهات والغرر وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات» ثم قال: «وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام: طرفان وواسطة، فالطرفان أحدهما

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة، كما تقدم أن الجهة ثلاثة أقسام فكذلك الغرر والمشقة. وثانيهما ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال، بل إن كانت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه، فإنه لم يبذل شيئاً بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع الإحسان الصرف فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع وحده على الإحسان التوسيع فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله»^(١).

وقد قرر مجلس المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم (٥١) بتاريخ ١٣٩٧/٤/٤هـ من جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم للأدلة التالية:

الأول: إن التأمين التعاوني من عقود التبرع التي يقصد بها أصلالة التعاون على تفويت الأخطار والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبانغ تقديرية لتعويض من يصيبه الضرر فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر.

الثاني: خلو التأمين التعاوني من الربا بنوعيه: ربا الفضل وربا النساء، فليس عقود المساهمين ربوية، ولا يستعملون ما جمع من الأقساط في معاملات ربوية.

(١) الفرق للقرافي، ط دار المعرفة، بيروت – لبنان (١٥٠/١ – ١٥١).

الثالث: أنه لا يضر جهل المساهمين في التأمين التعاوني بتحديد ما يعود عليهم من النفع، لأنهم متبرعون، فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقاومة، بخلاف التأمين التجاري، فإنه عقد معاوضة مالية تجارية.

الرابع: قيام جماعة من المساهمين أو من يمثلهم باستثمار ما جمع من الأقساط لتحقيق الغرض الذي من أجله أنشيء هذا التعاون سواء كان القيام بذلك تبرعاً أو مقابل أجر معين.

ورأى المجلس أن يكون التأمين التعاوني على شكل شركة تأمين تعاونية مختلطة للأمور الآتية:

أولاً: الالتزام بالفكرة الاقتصادي الإسلامي الذي يترك للأفراد مسؤولية القيام بمحفظة المشروعات الاقتصادية ولا يأتي دور الدولة إلا كعنصر مكمل لما عجز الأفراد عن القيام به وكذلك موكله ورقيب لضمان نجاح هذه المشروعات وسلامة عملياتها.

ثانياً: الالتزام بالفكرة التعاوني التأميني الذي بمقتضاه يستقل المتعاونون بالمشروع كله من حيث تشغيله ومن حيث الجهاز التنفيذي ومسؤولية إدارة المشروع.

ثالثاً: تدريب الأهالي على مبادرة التأمين التعاوني وإيجاد المبادرات الفردية والاستفادة من البواعث الشخصية، فلا شك أن مشاركة الأهالي في الإدارة تجعلهم أكثر حرصاً ويقظة على تجنب وقوع المخاطر التي يدفعون مجتمعين تكلفة تعويضها مما يتحقق وبالتالي مصلحة لهم في إنجاح التأمين؛ إذ إن تجنب المخاطر يعود عليهم بأقساط أقل في المستقبل كما أن وقوعها قد يحملهم أقساط أكبر في المستقبل.

رابعاً: إن صورة الشركة المختلطة لا يجعل التأمين كما لو كان هبة

أو منحة من الدولة للمستفيدين منه بل مشاركة منها معهم فقط لحمايتهم ومساندتهم باعتبارهم هم أصحاب المصلحة الفعلية، وهذا موقف أكثر إيجابية ليشعر معه المتعاونون بدور الدولة ولا يعيدهم في نفس الوقت من المسؤولية.

ويرى المجلس أن يراعى في وضع المواد التفصيلية للعمل بالتأمين التعاوني على الأسس الآتية:

الأول: أن يكون لمنظمة التأمين التعاوني مركز له فرع في كافة المدن وأن يكون بالمنظمة أقسام توزع بحسب الأخطار المراد تغطيتها وبحسب مختلف فئات ومهن المتعاونين كأن يكون هناك قسم للتأمين الصحي وثاني للتأمين ضد العجز والشيخوخة... إلخ. أو يكون هناك قسم للتأمين الباعة المتجولين وأخر للتجار وثالث للطلبة ورابع لأصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والمحامين... إلخ.

الثاني: أن تكون منظمة التأمين التعاوني على درجة كبيرة من المرونة والبعد عن الأساليب المعقدة.

الثالث: أن يكون للمنظمة مجلس أعلى يقرر خطط العمل ويقترح ما يلزمها من لوائح وقرارات تكون نافذة إذا اتفقت مع قواعد الشريعة.

الرابع: يمثل الحكومة في هذا المجلس من تختاره من الأعضاء ويمثل المساهمين من يختارونه ليكونوا أعضاء في المجلس ليساعد ذلك على إشراف الحكومة عليها واطمئنانها على سلامة سيرها وحفظها من التلاعب والفشل.

الخامس: إذا تجاوزت المخاطر موارد الصندوق بما قد يستلزم زيادة الأقساط فتقوم الدولة والمشتركون بتحمل هذه الزيادة.

ويؤيد مجلس المجمع الفقهي ما اقترحه مجلس هيئة كبار العلماء في قراره المذكور بأن يتولى وضع المواد التفصيلية لهذه الشركة التعاونية جماعة من الخبراء المختصين في هذا الشأن^(١).

فالتبرع في التأمين التعاوني الخاص ببعض صور التأمين على الحياة متحقق، وذلك بأن يختار جماعة التضامن والتكافل الاجتماعي فيما بينهم، وذلك عن طريق تكوين صندوق للتكافل الاجتماعي بحيث يخصص للتأمين على الحياة بحيث يتبرع كل واحد منهم بمبلغ من المال لصالح الصندوق ويشكل له مجلس إدارة فيدير هذا المال ويستثمره، ثم إذا حدث حادث الوفاة لأحد يعطى له مبلغ مقرر سبقاً دون النظر إلى ما دفعه، أو يعطى الصلاحية لمجلس الإدارة فيقرر كل حالة على حدة.

وهنا: فقد تحقق التبرع المحسن تماماً من كل واحد، كما تحقق التكافل والتضامن وتقتصر المخاطر وتوزيعها على الجميع، وعلى ضوء هذا لا تعود الأرباح على المساهمين وإنما تبقى في الصندوق ولكن هذا الحق يورث للورثة إذ إن العقد يتضمن هبة مشروطة وهي جائزة ما دام الشرط لا يخالف نصاً من الكتاب والسنة.

ثالثاً - توزيع الفائض التأميني على المشاركيين :

لا شك أن الأموال المودعة في الشركة تستثمر في أوجه الاستثمار الجائزة شرعاً، وقد تتحقق أرباح، ولما كان فائض الأموال قد ينسحب على

(١) نص قرار مجمع الفقه التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في ١٠ شعبان ١٣٩٨ هـ بمكة المكرمة. ويراجع للتفصيل: المراجع السابقة وخاصة د. الزغبي: المراجع السابق، الأستاذ الدكتور علي السالوس: المراجع السابق (ص ٤٠٠) وما بعدها، ود. غريب الجمال: المراجع السابق (ص ٢٥٠) وما بعدها.

زيادة الأقساط المحصلة عن التعويضات المدفوعة واحتياطي العمليات السارية فإن الأرباح الناشئة عن الاستثمار يجب أن تعود إلى المؤمنين والمساهمين، ونظرًا لأن مصروفات الإدارة تكون مشتركة – أي غير مقررة – بين ما يتعلق بالمساهمين وما يتعلق بالمؤمنين سواء في النشاط الاستثماري أو خدمات التأمين فيتعين النص في القانون النظامي للشركة على ما يلي :

* الأساس الذي يتبع في توزيع الاستثمار بين فريقي المساهمين والمؤمنين.

* قواعد تقسيم المصروفات المشتركة أو تركها لمجلس الإدارة في ختام السنة المالية.

* كيفية التصرف في صافي الفائض الذي يخص المؤمنين إما بتوزيع جزء عليهم وعمل احتياطي خاص بهم بالباقي أو تحويله كله إلى ذلك الاحتياطي وذلك على هدي ما تقرره الجمعية العمومية ووفق نسب أقساط التأمين التي دفعوها.

* كيفية التصرف في صافي الفائض الذي يخص المساهمين على أن التوزيع بينهم على حسب عدد الأسهم التي يمتلكها كل مساهم من رأس المال^(١).

رابعًا – المشاركة (في الإدارة والخسارة ونحوهما) :
إن من أهم خصائص التأمين التعاوني وسماته ما يلي^(٢) :

١ – وجود تبادل في المنافع والتضحيات فيما بين أعضاء هيئة

(١) يراجع كتاب الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، ١٠٠ سؤال وجواب حول البنوك الإسلامية (ص ٩٦ – ٩٩).

(٢) يراجع د. عبد الوهود يحيى: دروس في العقود المسممة (البيع والتأمين) (ص ٢٢٢) ود. الزغبي: المرجع السابق (ص ٤٨٤).

التأمين حيث تدفع التعويضات لمن يصيبه الخطر من حصيلة الاشتراكات فكل واحد منهم .

٢ - تضامن الأعضاء حيث هم متضامنون في تغطية المخاطر التي تصيب أحدهم لكن مدى هذا التضامن مرتبط بما إذا كان اختلاف قيمة الاشتراك مطلقاً أو محدوداً بحد أقصى .

٣ - تغير قيمة الاشتراك لأن الأعضاء ما داموا مؤمنين ومؤمناً لهم في الوقت نفسه فإن من الطبيعي أن يكون الاشتراك المطلوب عرضه للزيادة والنقص تبعاً لما يتحقق من المخاطر سنوياً وما يترب على مواجهتها من تعويضات^(١) .

٤ - فالتأمين التعاوني مختلف تماماً عن التأمين التجاري السائد من حيث الشكل؛ حيث يكون المؤمنون في الأول هم المستأمينين، بينما المؤمن في الثاني هو الشركة التي تصرف في الأموال المأخوذة حسب مصالحها، ومن حيث الهدف حيث إن الهدف من الأول هو التعاون وليس الربح، بينما الهدف في الثاني هو الربح حتى لو كان فيه تعاون فهو تبعي، وكذلك من حيث الأقساط التي تكون على قدر التكاليف في التعاون، وعلى حسب إرادة الشركة ومصالحها في التجارة، ومن حيث عائد الاحتياط والاستثمارات، حيث يعود إلى الجميع، وإن لم يأخذوا جميعه في التأمين التعاوني، بينما يعود إلى الشركة في التجاري وكذلك من حيث الإدارة والأقساط والتعاقد والصفقة الاحتكارية^(٢) وغير ذلك^(٣) .

(١) د. غريب الجمال: المرجع السابق (ص ٢٥٣ - ٢٥٥) .

(٢) يراجع د. الزغبي: المرجع السابق (ص ٤٨٦ - ٤٩١) ومصادره التي اعتمد عليها مثل الدكتور البدراوي والدكتور محمد شوقي الفنجرى .

(٣) المرجع السابقة .

التطبيق العملي للتأمين على الحياة وعموده

هذا الجانب في أمرين :

الأمر الأول : البدائل الشرعية المتاحة :

وهي التي طبّقتها بعض الشركات الإسلامية للتأمين مثل الشركة الإسلامية العربية للتأمين بدبي (إيالك) وشركة التأمين الإسلامية المحدودة في السعودية وغيرها، حيث بدأت هذه الشركات فعلاً بتطبيق نظم المضاربة الإسلامية للتكافل الاجتماعي وهي البديل لخدمات التأمين على الحياة، وهذه النظم هي :

- (أ) نظام المضاربة الإسلامية للتكافل الاجتماعي والاستثمار.
- (ب) نظام المضاربة الإسلامية للتكافل الاجتماعي لحماية الرهن.
- (ج) نظام المضاربة الإسلامية للتكافل الاجتماعي لحماية الطلاب.

وهذه الفكرة تقوم على إنشاء شركة خاصة بالتكافل الإسلامي بأسلوب المضاربة الإسلامية، أو فرع ضمّنها، تكون مهمتها تحقيق التكافل الاجتماعي عن طريق المضاربة الإسلامية.

الأمر الثاني : صياغة عقود التأمين على الحياة مباشرة :

إذا كانت فكرة التأمين على الحياة من حيث المبدأ والنظرية — مقبولة شرعاً — لأنها تقوم على التعاون والتفكير في المستقبل بعد التوكل الحقيقى على الله، وفي إيجاد نوع من الضمان للإنسان عند عجزه أو مرضه، ولورثته من بعده، وإنما الإشكال الشرعي في صياغة عقودها، وأساس بنيتها، وما تتضمن عقودها من جهالة فاحشة، وغerr وربا، ونحو ذلك.

ومن هنا فإذا أزيلت هذه العقبات، وصيغت صياغة لا يكون فيها مخالفة لنصوص الشرع، وقامت على أساس التعاون، وليس المعاوضة، فإن هذه العقود ستصبح سليمة مقبولة شرعاً، ولا سيما في عصرنا الحاضر الذي لا نجد فيه نظام التكافل الاجتماعي في عالمنا الإسلامي بصورة عامة، ولا بيت مال المسلمين الذي يكفل العيش الكريم للمحتاجين والفقراة والعجزة والمرضى والشيخوخة، ويضمن إغاثة الملهوفين، فلا بد إذن الاعتماد على الله ثم على جهود الأفراد ولا سيما القادرين، ولذلك أقرت الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي هذه الفكرة وطالبت العلماء والمفكرين باستكمال العقود والصور العملية لمزاولة التأمين على الحياة وإعادة التأمين وفق مبادئ الشريعة الإسلامية وضوابطها.

و قبل أن نتصدى لتلك العقود أود أن أذكر أساساً جيداً لعقد التأمين على الحياة:

أساس عقود التأمين على الحياة

يمكن أن تصاغ عقود التأمين على الحياة استرشاداً بالعقود التي أقرت في شركات التأمين في غير الحياة، إذ لا بد أن تقوم على نفس الأسس التي تقوم عليها هذه العقود من عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية ومن قيامها على فكرة التبرع وتوزيع الفائض منها على المشاركين والمشاركة في الإدارة والخسارة.

ثم إن التأمين الإسلامي لا بد أن يقوم إما على تعاون محض وعقود تبرعية محضة ولكنها مشروطة بشرط لصالح المتبرع، أو تقوم في أساسها على الهبة والتبرع ولكن أموالها تستثمر بأي طريقة استثمارية مشروعة من مضاربة ونحوها.

وأعتقد أن عقد الهبة المشروطة بشروط صالح المترعرع أو غيره والهبة بثواب يصلح لأن يكون أساساً جيداً لعملية تنظيم عقود التأمين بصورة عامة وعقد التأمين على الحياة بصورة خاصة.

فالشروط في الهبة إذا لم تكن مخالفة لنص من الكتاب والسنة فهي ملزمة — كما سبق — وكذلك اشتراط الثواب والغرض فيها عند الكثيرين. بل ذهب جماعة من الفقهاء منهم الحنفية والمالكية إلى أن الهبة تقتضي الثواب وخالفهم أحمد بينما ذهب الشافعي في أحد أقواله إلى أن الهبة المطلقة تقتضي ثواباً ما دامت من الأدنى للأعلى من حيث المال. وفي قول كذلك الأمر في هبة النظير لنظيره وفي وجه حتى من الأعلى للأدنى^(١).

فالهبة إما أن تكون بقصد الثواب (أي الغرض) أم لا والذي يهمنا هنا هو الهبة بقصد الثواب أو اشتراطه حيث أجازها الحنفية والمالكية والشافعية يقول ابن رشد: (وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها فأجازها مالك وأبو حنيفة ومنعها الشافعي^(٢) وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس بيعاً مجهول الثمن؟ فمن رأى بيعاً مجهول الثمن قال هو من بيع الغرر التي لا تجوز ومن لم ير أنها بيع مجهول قال يجوز).

ثم قال ابن رشد: وكأن مالكاً جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها^(٣).

(١) حاشية ابن عابدين (٤/٥٠٨)، وروضة الطالبين (٥/٣٨٤)، والمغني لابن قدامة (٥/٦٨٤).

(٢) هذا أحد الأقوال للإمام الشافعي، ويراجع التفصيل في روضة الطالبين (٥/٣٨٤ – ٣٨٦).

(٣) بداية المجتهد، ط عيسى الحلبي (٢/٣٣٠ – ٣٣١) ويراجع أيضاً المدونة الكبرى (٦/٨٤).

ونذكر هنا نصوص بعض هؤلاء الفقهاء ليظهروا لنا بجلاءً أن العوض مطلوب عرفاً في عقد الهبة وأنه لا يتعارض معها أبداً.

جاء في الهدایة للمرغینانی :

عند تعلیله جواز رجوع الواهب عن هبته إلا الوالد ونحوه: «لأن المقصود بالعقد هو التعویض للعادة». وعلق عليه البابرتی قائلاً:

«لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليغوضه وإذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشترى إذا وجد بالمبیع عیباً فتثبت له ولایة الفسخ عند فوات المقصود إذ العقد يقبله»^(١).

وجاء في شرح الخرشي:

«وھبة الثواب عطیة قصد بها عوض مالي»^(٢).

وجاء في روضة الطالبین :

إن الهبة إما مقيدة بنفي الثواب (أي العوض) فتكون صحيحة على المذهب خلافاً لرأي ضعيف يقول إنها باطلة، وإما أن تكون مقيدة بإثبات العوض وهو إما معلوم فيصح على الأظهر وحينئذ هل يعتبر بيعاً أم هبة؟ فالراجح عندهم أنه بيع وحينئذ تكون له جميع أحكام البيع من إثبات الخيار والشفعه واللزوم بالعقد، وقيل: هبة فتثبت لها أحكام الهبة، وعلى القولين لا يلحق بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض ولذلك علق صاحب التتمة على من اشترط بعض شروط الصرف فقال: «لا بأس بشيء من ذلك لأننا لم نلحظه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض وكذا سائر الشروط».

(١) الھدایة مع شرح العناية وتکملة فتح القدیر (٩/٤٠)، ط مصطفی الحلبی.

(٢) شرح الخرشي، ط بولاق - مصر ١٣١٧ھ (٧/١٠٢).

وأما إذا كان الثواب مجهولاً... فإن قلنا أن الهبة تقتضي ثواباً صحيحاً وهو تصریح بمقتضى العقد، هذا هو المذهب وبه قطع الجمھور^(۱).

والخلاصة:

إن العلماء اختلفوا في أن الهبة هل تقتضي ثواباً؟ فذهب جمھورهم إلى أنها تقتضي ذلك، وذهب أحمد والشافعی في قول: إلى أنها لا تقتضي الثواب.

أما إذا اشترط العوض في الهبة:
فجماهيرهم - ما عدا قول الشافعی - يقولون بصححة هذا الشرط؛ لأن هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد؛ ولأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعانی دون الألفاظ والمباني^(۲).

وقد روي في هذا المعنى: حديث مرفوع وأثر موقوف:
أما الحديث: فقد رواه ابن ماجه بسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «الرجل أحق بهبته ما لم يثبت منها» وأخرجه الدارقطنی في مصنفه وابن أبي شيبة في مصنفه ورواه الطبرانی بسندهما عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: «ومن وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يثبت منها...».

ورواه الحاکم في مستدرکه بسنده عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثبت منها» قال الحاکم: «حديث صحيح على شرط الشیخین إلا أن يكون الحمل فيه على شیخنا» وقد

(۱) روضة الطالبين (۳۸۴ - ۳۸۷) بتصریف.

(۲) المصادر السابقة.

وافقه الذهبي على ذلك^(١).

ورواه البيهقي ورجم كونه موقوفاً على عمر رضي الله عنهم.

والحديث من خلال كثرة طرقه وشهادته وتصحيح بعض الأئمة له ينبع حجة على المطلوب، ولا سيما وقد روي موقوفاً على عمر بسند صحيح بعده ألفاظ منها:

* بلفظ: «من وهب هبة لوجه الله فذلك له، ومن وهب هبة يريده ثوابها فإنه يرجع فيها إن لم يرض منها». رواه الطحاوي والبيهقي بإسناد صحيح.

ورواه مالك بلفظ: «من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها».

وفي لفظ آخر: «من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها»^(٢).

وقد نقل ابن حزم مثل ذلك عن: عثمان، وعلي، وابن عمر، وفضالة بن عبيد، وأبي الدرداء وقال: «ولا مخالف لهم»^(٣).

والمقصود: أن الهبة المشروطة والهبة بثواب تصلحان أصلاً لقضية التأمين على الحياة وكذلك الحال في العمري والرقيبي:

(١) المستدرك وبنديله تلخيص الذهبي (٥٢/٢)، والدارقطني (ص ٣٠٧)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/١٨١)، ويراجع نصب الرأية في تخرير أحاديث الهدایة (٤/١٢٥ - ١٢٦)، والمحلبي لابن حزم الظاهري، ط مكتبة الجمهورية العربية - القاهرة (١٠/٨٩).

(٢) يراجع الموطأ (٤/٢)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/١٨٢)، ويراجع لمزيد من التفصيل: إرواء الغليل (٦/٥٥ - ٥٦).

(٣) المحلبي (١٠/٩٨ - ٨٩)، وقد أطال فيه النفس.

* فالعمرى :

هي الهبة بشرط بقاء حياة الموهوب له مثل أن يهب رجل آخر ما دام الموهوب له حيًّا.

قال البيهقي : قال أبو عبيد : تأويل العمرى أن يقول الرجل للرجل : هذه الدار لك عمرك أو يقول هذه الدار لك عمرى »^(١) .

وقد اختلف العلماء في حكمها :

فذهب جماعة (منهم الحنابلة والحنفية والشافعى في الجديد) ^(٢) إلى : أنها هبة مبتوة تكون للموهوب له فإذا مات ، تنتقل إلى ورثته ، حتى لو اشترط الواهب أن تعود الدار إليه بطل هذا الشرط عند الحنفية وبطل العقد في الأصل عند الشافعية . وفي قول آخر لهم صحة العقد وبطل الشرط وذهب أحمد في رواية إلى ما ذهب إليه أبو حنيفة ، بينما ذهب في رواية أخرى إلى صحة العقد والشرط .

وذهب مالك وجماعة من التابعين إلى أن الموهوب يعود إلى الواهب حيث ليس له الحق إلا الانتفاع بمنافعه ، فإذا مات عاد إلى الواهب إن كان حيًّا أو إلى ورثته ، أو : بعبارة أخرى قال مالك : بصححة العقد وصححة الشرط إن وجد الشرط وإن أطلق فكذلك لأن لفظ العمرى يقتضى التقييد بعمره حتى لو قال : أعمرتك الدار لك ولعقبك كان سكناها لهم فإذا انفروا عادت إلى الواهب حيث روى مالك في ذلك عن مكحول أنه سأله القاسم بن محمد عن العمرى ما يقول الناس فيها ؟ فقال القاسم : ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا . وقال إبراهيم بن إسحاق الحربي عن ابن

(١) السنن الكبرى للبيهقي (١٧٥/٦ - ١٧٦) .

(٢) الهدایة مع شرح العناية (٩/٥٥) ، والغاية القصوى (٢/٦٥٢) ، وروضة الطالبين (٥/٣٧٠) ، والمغنى لابن قدامة (٥/٦٨٨) .

الأعرابي: لم تختلف العرب في العمري والرقبى أنها على ملك أربابها، ومنافعها لمن جعلت له ولأنَّ التمليل لا يتأقت، كما لو باعه إلى مدة، فإذا كان لا يتأقت حمل قوله على تمليل المنافع لأنَّه يصح توقيته^(١).

وقد وافق أحمد في روايته الثانية الإمام مالك إذا شرط الواهب في العمري أنها تكون له إذا مات، حيث قال: بصحبة العقد والشرط وأنه متى مات المعمر له رجعت إلى المعمر. قال ابن قدامة: وبه قال القاسم بن محمد وزيد بن فسيط، والزهري وأبو سلمة ابن عبد الرحمن وابن أبي ذئب وأبو ثور^(٢). وهذا هو أحد قولي الشافعى^(٣).

* وأما الرقبى:

فهي أن يقول: أرقتك داري، أو داري لك رقبى، أو هي لك، فإن مت قبلى عادت إلى، وإن مت قبلك استقر ملوك^(٤).

فقد اختلف فيها الفقهاء مثل الخلاف السابق في العمري المنشروطة برجوعها إلى الواهب لكن أبا حنيفة ومحمد قالا: يبطلان الرقبى مع أنهما أجازا العمري^(٥).

ولكن الخلاف قد خف فيما لو عبر الواهب بلفظ الإسكان بأن يقول: أسكنتك هذه الدار حياتك، حيث ذهب الجمهور إلى أن الإسكان خلاف

(١) المدونة الكبرى، ط دار البارز (٦/٩١)، وبداية المجتهد (٣٣١/٢)، والمعنى لابن قدامة (٥/٦٨٧).

(٢) المعني لابن قدامة (٥/٦٨٨).

(٣) روضة الطالبين (٥/٣٧٠).

(٤) السنن الكبرى للبيهقي (٦/١٧٦)، والغاية القصوى (٢/٦٥٢).

(٥) نفس المصدر السابق.

العمري، وأن الدار تعود إلى الواهب بعد موته^(١).

والمقصود من هذا العرض الموجز لهذه المسائل أنها تصلح لأن تكون أصلًا عامًا في بناء عقد التأمين على الحياة عليه، فإذا كانت هذه المسائل كانت سائدة عندهم فإننا نحن اليوم أمام مسائل جديدة أخرى يمكن أن نضع شرطًا جديدًا وصياغة جديدة لعقود جديدة لا تتعارض مع نصوص الشريعة الغراء.

فإذا كانت العمري والرقبى: تعطى نوعًا من الضمان الموهوب له، حيث ضمن الواهب للموهوب له نوعًا من الراحة والاطمئنان بأنه يتمتع بذلك الدار مدة حياته، وفي الوقت نفسه هناك ضمان للواهب حيث ترجع إليه داره ثم تكون لورثته، وفي ذلك من اليسر ورفع الضرر وتحقيق أغراض الظرفين ما لا يخفى فكذلك التأمين على الحياة يمكن أن يصاغ ليعطى نوعًا من الضمان عند الموت بأن ورثته يعيشون في أمن وأمان وحياة كريمة، أو أن المؤمن له لا يخاف من فقر يصيبه في آخر عمره وعند شيخوخته فيدفع جزءًا من أمواله لترد إليه في الوقت الذي هو أحوج ما يكون إليها.

يمكن تنفيذ هذه الفكرة:

من خلال اتفاق جماعة على التعاون في حالة وفاة أحدهم أو عجزه وعوزه على أساس التعاون والتبرع، وعلى ضوء عقود منظمة يحدد فيها زمن وحجم ما يدفع للمستفيد وما يؤخذ من المستأمين من تبرعات محدودة التواريخ محسوبة بأساليب فنية تعتمد على الإحصائيات والاحتمالات والحسابات الدقيقة، وتصب هذه الإتفاقية في قالب شركة تشرف على هذه الأموال وإدارتها واستثمارها وتقوم بإبرام العقود مع الناس.

(١) الهدایة مع شرح العناية (٩/٥٥)، وبدایة المجتهد (٢/٣٣١)، والروضة (٥/٣٧٠)، والمغني لابن قدامة (٥/٦٩٠).

والأفضل أن لا تكون هذه الشركة مستقلة بل تكون فرعاً من فروع شركة التأمين الإسلامية بل الأفضل أن يسمى: (التكافل الإسلامي لحماية الورثة ودفع العوز والضعف، التأمين في حالة الوفاة والتأمين لدفع العوز عند الشدة).

أهداف الشركة الخاصة أو «صندوق التكافل الإسلامي»:

- ١ - التعاون على البر والتقوى لتحقيق التكافل الإسلامي بين المشتركين.
- ٢ - توفير الحياة الكريمة من خلال مرتب شهري أو مبلغ محدد للذرية الضعاف والورثة بعد وفاة المشترك وحمايتهم من شر العوز ومن الفقر والتشريد.
- ٣ - دفع العوز وال الحاجة في حالات الشيخوخة وقطع المرتبات من خلال دفع مبلغ إليه يعين به على حوائجه وهو قد كبرت سنه وخارط قواه وضعفته بنيته وهو في أمس الحاجة إلى المال أو بعبارة أخرى: «ضمان العيش الكريم للمشترك في حالة الشيخوخة أو العجز المؤقت أو الدائم بسبب الحوادث أو المرض»^(١).
- ٤ - استثمار أموال المشتركين بالأساليب الشرعية.
- ٥ - تشجيع المسلمين على الادخار.

الخطوات العملية:

- ١ - طلب اشتراك من خلال نموذج مفصل يبين فيه جميع أحوال الشخص وصفاته المطلوبة للتأمين عليه وأعتقد أن النموذج الذي اعتمده (إياك) جيد ومفيد وربما يضاف إليه بعض الأسئلة الأخرى التي تخص التأمين

(١) بداية المجتهد (٣٣٢/٢)، والمدونة (٩٢/٦).

لحالة الوفاة أو لدفع العوز عند الشدة .

٢ — تحديد قدر الاشتراك الذي يتبرع به المستأمن .

٣ — أخذ قدر مقطوع من المال في مقابل الأعمال الإدارية ويسمى رسم الاشتراك .

٤ — أن تقوم الهيئة المشرفة على الصندوق أو الشركة بإدارة الأموال واستثمار أقساط المؤمن لهم طبقاً لأسلوب المضاربة بحيث تحدد نسبة المضاربة في العقد .

٥ — أن تقوم الهيئة المشرفة باداء التزاماتها الواجب دفعها عن طريق دفع ما تم الاتفاق عليه في السابق حسب شروطه وضوابطه المدونة في العقد، فإن لم تكفل فسيكتمل من صندوق الأقساط المتبرع بها أو من هيئة إعادة التكافل أو إعادة التأمين التي أجرت الهيئة اتفاقاً معها وقد ضرب الأخ عبد اللطيف الجناحي^(١) مثلاً ذكره هنا وهو :

مشترك طلب الاشتراك في صندوق التكافل بعقد تكافل مع الأرباح (عقد مختلط) بمبلغ ١٠٠٠٠ دينار تدفع عند الوفاة لعائلته أو له عند بلوغه سن الستين .

قررت الهيئة أن يكون قسط التبرع هو ١٠٠ دينار سنوياً .

بعد دفع المشترك خمسة أقساط حصلت الوفاة تدفع الشركة في مثل هذه الحالة للمستفيد ما يلي :

١ — الأقساط التي دفعها 100×500 دينار .

٢ — حصته من أرباح الاستثمارات لما دفع من أموال ول يكن مثلاً مبلغ (١٠) دنانير .

(١) في بحثه السابق (ص ٣١ - ٣٢) .

٣ - المبلغ اللازم وفاؤه من صندوق التكافل هو كما يلي:
١٠٠٠٠ - ٥١٠ = ٤٩٠ ديناراً.

ويدفع هذا المبلغ إما من الصندوق أو من صناديق أخرى باتفاق فيما بينها على التعاون في مثل هذه الحالات أو من شركات إعادة التأمين التقليدية.

هيئة الرقابة الشرعية:

ويكون لشركة التأمين الإسلامية والتكافل الإسلامي لحماية الورثة وحالات الضعف هيئة رقابة شرعية تشرف على كل ما يتعلق بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتكون قراراتها ملزمة بالأغلبية ويكون لها ما لم يرافق الحسابات من صلاحيات.

أنواع عقود التأمين على الحياة

ذكر القانونيون للتأمين على الحياة أربع حالات، وذكروا لكل حالة عدة صور - كما سبق في بداية البحث، ونحن هنا لسنا ملزمين بإقرار كل ما قالوه، أو بكل ما ينتجه الفكر الرأسمالي اليهودي من استغلال لحاجات الفرد بسبب عدم العقيدة الحقة والخواص الروحية، وإنما نذكر الحالات التي يمكن بسهولة الوصول إلى الحل الإسلامي فيها والصور العملية التي تحقق المصلحة للفرد والمجتمع المسلم.

واقتراح أن يغير هذا الاسم (التأمين على الحياة) حيث يدل على شيء يظهر منه عند سماعه لأول وهلة أنه يصطدم مع عقيدتنا في القضاء والقدر وأن المستقبل بل كل شيء بيد الله تعالى، بل إن هذا الاسم - كما يقول الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا - قد جلب لنفسه كثيراً من المشاكل وسوء الفهم؛ حيث فهم البعض أن المراد به التعهد على تأمين روحه وحياته، بينما ليس فيه من قبل

الجهة المؤمنة تعهد بأن يستمر المستأمن حيًّا ولو بضع دقائق أو ثوانٍ بعد العقد، وإنما كل ما فيه تعهد بأن تقدم الجهة المؤمنة المبلغ المتفق عليه إلى عائلة المستأمن إذا توفي خلال المدة المحدودة بالعقد^(١) ولذلك نقترح أن يكون اسم هذا النوع: (التكافل الإسلامي لحماية الورثة و الحالات الضعف).

ويكون له نوعان فقط وهما:

- ١ — التأمين في حالة الوفاة لحماية الورثة أو نحوهم.
- ٢ — التأمين لدفع العوز عند الشدة أو العجز أو نحو ذلك.

وكم ذكرنا في السابق أن النظام الاقتصادي الرأسمالي قد ذكر للتأمين على الحياة أربع حالات وذكروا لكل حالة عدة صور، ولكننا علينا أن لا نجري وراء ذلك بل نسعى جاهدين لما يتفق مع ديننا وأحكام شريعتنا الغراء وأن نبذل كل جهودنا للوصول إلى الحل العملي للمشاركة الواقعية، ولتحقيق المصالح الحقيقية لمجتمعنا الإسلامي دون الخوض في الخيال والبحث عن المصالح المohoمة.

ولذلك نرى أن من بين الحالات الواقعية المحتاج إليها حالتين فقط هما:
الحالة الأولى: التأمين في حالة الوفاة لحماية الورثة:

حيث إن من الطبيعي بل والفطرة السليمة أن يبحث الإنسان بعد التوكل على الله تعالى عن مستقبل أولاده وذريته وورثته ويسعى جاهدًا في أن يتركهم أغنياء متعففين، وفي الأخذ بكل الأسباب التي توفر الحماية لهم من شرور العوز والفاقة وال الحاجة، وهذا ما أرشده إليه رسولنا الكريم ﷺ حينما طلب منه سعد بن أبي وقاص أن يوافق على تبرعه بجميع أمواله فلم يقبل حتى وصل إلى الثالث فقال: «الثالث والثالث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير

(١) الأستاذ الزرقا في بحثه السابق الإشارة إليه (ص ٤٠٨).

من أن تدعهم عالة يتکففون الناس في أيديهم»^(١).

وكذلك تفكير عمر في الأجيال اللاحقة وتضمين مستقبلهم من خلال ترتيب مورد مالي مستمر حيث لم يقسم الأراضي المفتوحة في العراق والشام على المجاهدين، وإنما أباقاها في أيدي أهلها، ولكنه فرض عليهم خراجاً ليكون مصدراً دائمًا للدخل بيت مال المسلمين وقد اعتمد في ذلك على قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوكُمْ مِّنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَغْفِرْ لَنَا وَلَا حُكْمُنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا يَالْأَيَّمَنِ . . .﴾^(٢)، حيث جاءت هذه الآية بعد قوله تعالى: ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ . . .﴾^(٣) في سورة الحشر، حيث قسم الله تعالى الفيء على المهاجرين والأنصار والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين وقد قال عمر: «والله لا يفتح بعدي بلد فيكون فيه كبير نيل بل عسى أن يكون كلاً على المسلمين فإذا قسمت أرض العراق بعلوتها وأرض الشام بعلوتها فما يسد به التغور؟ وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره»^(٤).

وليس بالضرورة أن نجري وراء تفريعات كثيرة وصور متعددة ذكرها القانونيون وابتدعها الفكر الرأسمالي الغربي، وإنما نقف على صورة واقعة مثل:

التأمين لصالح الورثة جمیعاً بعدل ومساواة وليس لصالح واحد منهم فقط حتى لا يكون جوراً إلا إذا كان هذا الوالد له من الظروف البدنية (ككونه

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه مع الفتح كتاب الوصية (٥/٣٦٣)، ومسلم في صحيحه (٣/١٢٥٠)، والترمذی في سنته مع تحفة الأحوذی (٦/٣٠١)، والنسائی (٦/٢٠١)، وابن ماجه (٢٢/٩٠٤)، والموطأ (ص ٤٧٦).

(٢) سورة الحشر: الآية ١٠.

(٣) سورة الحشر: الآية ٦.

(٤) نظر: الخراج لأبی يوسف تحقيق د. محمد ابراهیم البنا (ص ٦٧ - ٧٢).

ذا عاهة) أو الظروف الاجتماعية (ككونه ذا عائلة كبيرة) حيث أجاز بعض الفقهاء هذه الرعاية في مثل هاتين الحالتين قال ابن قدامة:

«فإن خص بعضهم (أي بعض أولاده) لمعنى يقتضي تخصيصه مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو ينفقه فيها فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك والأكثرية أجازوا ذلك مع الكراهة»^(١).

وكذلك لا مانع شرعاً من: التأمين لصالح شخص آخر غير وارث من باب التبرع.

ومن هنا تفرعت من الحالة الأولى ثلاثة أنواع:

* التأمين لصالح الورثة جميعاً.

* التأمين لصالح أحد الورثة إذا كان له مبرر مشروع مثل المبررات التي ذكرناها.

* التأمين لصالح شخص أجنبي غير وارث حيث يريد رعايته وتأمين مستقبله معتمداً بعد الله تعالى على أسباب ظاهرة لأي سبب مشروع.

وكل هذه الأنواع تدخل في إطار الهبة والتبرع في حالة الحياة فتراعي فيها قواعد الهبة من العمل والمساواة بين الورثة ومن عدم إجازة ما زاد على الثلث إذا كان مريضاً مرض الموت أو في حكمه كأن يكون في حالة يغلب عليها الهالك^(٢).

(١) المغني (٥/٦٦٥)، ويراجع: القوانين الفقهية لابن جزي، دار الكتاب العربي (ص ٣٦١)، وروضة الطالبين (٥/٣٧٨).

(٢) يراجع لتفصيل هذه المسألة مبدأ الرضا في العقود (١/٤٩٩ - ٥٤٥) ومصادرها المعتمدة.

ولا تدخل هذه الصور في الوصية حتى ولو كان المستفيد يستفيد منها بعد موت دافع الأقساط لأنه قد دفع المال في حال حياته فأصبح هبة إما لو أوصى بدفع الأقساط بعد موته فتكون وصية لا بد من توافر شروطها وضوابطها، ونحن نستبعد من صور التأمين هذه الصورة التي فيها الوصية.

ثم إن هذه الأنواع الثلاثة تحتمل أن يكون التأمين فيها على صورة التأمين العمري بأن تلتزم الشركة بدفع رواتب شهرية أو سنوية للمستفيد (من الورثة أو لأحد منهم أو للشخص الأجنبي) مدى عمره أو لفترة زمنية محدودة مثل عشر سنوات^(١) أو يكون في صورة مبلغ محدد يعطى لهؤلاء مرة واحدة بعد موت دافع الأقساط.

فتصبح الصور تسع صور وهي:

- ١ - التأمين العمري لصالح الورثة جمیعاً بدفع رواتب شهرية أو سنوية لهم ما داموا أحياء بعد موت دافع الأقساط.
- ٢ - التأمين لصالح الورثة جمیعاً بدفع رواتب لهم لمدة معينة كعشر سنوات (إن عاشوا) بعد موت دافع الأقساط.
- ٣ - التأمين لصالح الورثة جمیعاً بدفع المحدد المتفق عليه مرة واحدة بعد موت دافع الأقساط.
- ٤ - التأمين لصالح أحد الورثة (مع مبرر مشروع للتخصيص) بدفع رواتب له ما دام حيّاً بعد موت دافع الأقساط.
- ٥ - التأمين لصالح أحد الورثة بدفع رواتب له لمدة محددة

(١) صورتنا هذه تختلف عن التأمين المؤقت الذي ذكره القانونيون فهو عندهم عبارة عن أن: «يدفع المؤمن مبلغ التأمين للمستفيد إذا مات المؤمن على حياته خلال مدة معينة فإن لم يتم خلال هذه المدة برأته ذمة المؤمن» الوسيط للسنوري (١٣٩٢/٢/٧).

كعشر سنوات إن عاش بعد موت دافع الأقساط هذه المدة أو بقدرها.

٦ — التأمين لصالح أحد الورثة بدفع مبلغ التأمين إليه مرة واحدة بعد موت دافع الأقساط.

٧ — التأمين لصالح الأجنبي (غير الوارث) بدفع رواتب له مدة حياته بعد موت دافع الأقساط.

٨ — التأمين لصالح الأجنبي (غير الوارث) بدفع رواتب له لمدة عشر سنوات، مثلاً إن عاش بعد موت دافع الأقساط.

٩ — التأمين لصالح الأجنبي (غير الوارث) بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه إليه مرة واحدة بعد موت دافع الأقساط مباشرة إن كان حياً.

ولا بد أن يتضمن العقد شرطاً خاصاً بمصير المال إن مات المستفيد قبل الإلقاء منه، فإما للورثة أو لصندوق التكافل.

هذه هي الصور التسع المتتصورة ولا أرى فيها مانعاً ما دام التأمين يبني على التبرع والتعاون التبادلي، وذلك لأن عقد الهبة مما لا يؤثر فيها الجهة والغرر — كما سبق — بل لا يبطل بالشروط مهما كانت طبيعتها — عند الكثيرين — إلا أن الشرط قد يبطل عند البعض، ويبقى العقد صحيحاً، وتبقى مسائل الهبة بشرط الثواب والعمري والرقمي والسكنى أصلاً جيداً للقول بصحة هذه الأنواع، هذا بخصوص دافع الأقساط.

إضافة إلى باب الوعد وإلزاميته بالنسبة للشركة الذي تشهد لإلزاميته نصوص كثيرة من الكتاب والسنة حيث تدل بوضوح على وجوب الالتزام بالوعود والعقود^(١).

(١) يرجى لتفصيل ذلك: مبدأ الرضا في العقود (٢/١٠٢١ - ١٠٦٤).

الحالة الثانية: التأمين لدفع العوز عند الشدة والعجز :

وهو تأمين يقوم به الشخص لصالح نفسه ومستقبله عند مرضه وشيخوخته أو عند إحالته على المعاش أو عدم قدرته على العمل أو التجارة ونحوهما.

ومن هنا يلتزم مع الشركة بدفع أقساط محددة فتقوم الشركة بمقتضاه بدفع مبلغ التأمين إليه إن كان حيًا، وإن مات فحكم ماله هذا يكون حسب العقد إما يبقى تبرعًا لصندوق التكافل بأن يكون فيه شرط بذلك وهو الأفضل وإما أن يكون إرثًا للورثة.

ولهذه الحالة نوعان، وهما:

- ١ - التأمين بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له عند العجز عن العمل بأي سبب من الأسباب كالمرض ونحوه.
- ٢ - التأمين بدفع مبلغ التأمين له في سن معينة مثل ستين.

وفي كل نوع منها: إما أن يكون رد مبلغ التأمين عليه مرة واحدة أو في صورة رواتب شهرية أو سنوية أو فصلية فأصبحت الصور أربع صور:

- ١ - التأمين بدفع مبلغ التأمين مرة واحدة عند العجز عن العمل.
- ٢ - التأمين بدفع مبلغ التأمين في صورة رواتب عند العجز عن العمل.
- ٣ - التأمين بدفع مبلغ التأمين مرة واحدة عند البلوغ لسن معينة.
- ٤ - التأمين بدفع مبلغ التأمين على شكل رواتب عند البلوغ لسن معينة.



رَفِعَ
عَنِ الْرَّجُلِ الْجَنْبِيِّ
أَسْكَنَ اللَّهُ الْفَرِيقَيْنَ

أحاديث النهي عن صفقتين في صفقة واحدة سندها ومتناها وفقها (دراسة تحليلية)

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه ومن تبع هدائه إلى يوم الدين.

وبعد:

ففي خضم الحوادث والمستجدات والقضايا الحديثة، والمسائل المتتجدة، أرى أنَّ العودة إلى المنبع الصافي (من الكتاب والسنّة) هي الحل، ولكن مع الأخذ بنظر الاعتبار كل ما قاله علماؤنا الكرام وفقها علينا العظام، مع النظرة الفاحصة النافذة الناقدة.

وذلك لأنَّ العودة إلى المنبع الصافي تعطيك المجال الواسع، وتبعده عن التأثر بالزمان والمكان والظروف والملابسات الآنية التي قد تؤثّر في تفكير المجتهد، في حين أنَّ المعايشة مع النص المعصوم تمنحك الجو الروحاني الربُّ، الواسع.

ومن خلال معايشتي لهذه الأحاديث الواردة في «النهي عن بيعتين في بيعٍ»، أو «شرطين في شرط»، أو «بيع وسلف» تبيَّن لي أنَّ فقهاءنا الكرام قد

وسعوا هذه الدائرة مع مرور الزمن حتى أدخلوا فيها ما ليس منها، ولذلك توسيع دائرة الحرمة في المعاملات مع أنَّ العودة إلى النصوص نفسها تعطيك الصورة الحقيقية لمقاصد الرسول ﷺ في هذه الأحاديث، ومن هنا أدركت قيمة التجديد المئوي الذي تحدَّث عنه رسول الله ﷺ حتى تعود الأمة إلى المنبع الصافي نفسه بعيداً عن تأثيرات الزمان والمكان والملابسات السابقة، لينزل النص بفهم صحيح على الواقع الراهن والواقعة واللاحقة.

وقد بذلت جهدي في تحليل هذه النصوص سنداً ومتناً وفقها وتطبيقاً، فإن كنت قد وُفِّقت بذلك بفضل الله وحده، وإنْ فعذري أنني لم آل جهداً، وإن كان هذا البحث لم يستوعب كل ما أعددته حول الموضوع حيث كان بحيث هذا بمثابة اختصار موجز لما تتضمَّنه هذه الأحاديث من أحكام وأقوال فقهية وخلافات، ولعلَّ الله يوفِّقنا لاستخراج كل ذلك في كتاب كبير.

والله أَسْأَلُ أَنْ يوْفِّقَنَا لِخَدْمَةِ شَرِيعَهِ وَيَعْصِمَنَا مِنَ الْخَطَا وَالْزَّلَلِ فِي الْقَوْلِ وَالْعَمَلِ إِنَّهُ مَوْلَانَا وَحْسِبِي، فَنَعَمُ الْمَوْلَى وَنَعَمُ النَّصِيرُ.

الفاظ الأحاديث وتخريجها

وردت أحاديث كثيرة في النهي عن اجتماع أكثر من شيء في عقد واحد، فنذكر هنا ألفاظها.

الحديث الأول: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة».

١ - ورد بهذا اللفظ: في مسند أحمد (١/٣٩٨) حيث رواه بسنده إلى عبد الله بن مسعود.

ورواه أيضاً بسنده موقوفاً على ابن مسعود (٣٩٣/١) أنه قال: لا تصلح سفقتان في سفقة، وأنَّ رسول الله ﷺ قال: «لعن الله أكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه».

٢ - ورواه ابن حبان (حديث ١١١١، ١١١٢) من طريق سفيان وشعبة.

٣ - وروي موقوفاً على ابن مسعود أيضاً في المصنف للحافظ ابن همام الصنعاني، حديث رقم (١٤٦٣٣) ولفظه: «لا تصلح الصفقتان في الصفقة، لأن يقول: هو بالنسية بكذا وكذا وبالنقد بكذا وكذا».

وحيث رقم (١٤٦٣٦) ولفظه عن ابن مسعود أنه قال: «الصفقتان في الصفقة ربا».

وحيث رقم (١٤٦٣٧) ولفظه عن ابن مسعود أنه قال: «لا تحل الصفقتان في الصفقة».

٤ - ورواه البهقي في السنن الكبرى (٣٤٣/١) بسنده عن عبد الله بن عمرو بن العاص، وأنَّ رسول الله ﷺ: «نهى عن بيع وسلف، وعن بيعتين في صفة واحدة، وعن بيع ما ليس عندك»، وقال رسول الله ﷺ: «حرام شف مالم يضمن».

٥ - وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً على ابن مسعود بلفظ: «صفقتان في صفة ربا» (المصنف ٨/١٩٢)، وبلفظ: «الصفقة في الصفقتين ربا» (المصنف ٦/١٩٩)، وبهذا اللفظ الأخير أخرجه أيضاً عبد الرزاق في مصنفه (٨/١٣٨، ١٣٩) كما سبق.

٦ - ورواه ابن نصر في السنن (ص ٥٤).

الحاديـث الثـانـي : «لا يـحلـ سـلـفـ وـبـيعـ ، وـلا شـرـطـانـ فـيـ بـيعـ ، وـلا
رـبـحـ مـاـ لـمـ يـضـمـنـ ، وـلا بـيعـ مـاـ لـيـسـ عـنـدـكـ» .

١ - رواه بهذا اللـفـظـ : الـحـاـكـمـ فـيـ مـسـنـدـهـ عـنـ طـرـيـقـ عـمـرـوـ بـنـ شـعـيـبـ
عـنـ أـبـيـهـ ، عـنـ جـدـهـ ، عـنـ الرـسـوـلـ صـلـيـلـهـ عـلـيـهـ وـبـلـيـلـهـ .

وـرـوـىـ أـيـضـاـ عـنـ طـرـيـقـ عـمـرـوـ بـنـ شـعـيـبـ ، عـنـ أـبـيـهـ ، عـنـ جـدـهـ عـبـدـ اللهـ بـنـ
عـمـرـوـ بـنـ الـعـاصـمـ قـالـ : قـلـتـ : يـاـ رـسـوـلـ اللهـ ، إـنـيـ أـسـمـعـ مـنـكـ أـشـيـاءـ أـخـافـ أـنـ
أـنـسـاـهـاـ أـفـتـأـذـنـ لـيـ أـنـ أـكـبـهـاـ؟ـ قـالـ : «ـنـعـمـ»ـ ، قـالـ : فـكـانـ فـيـمـاـ كـتـبـتـ عـنـ
رـسـوـلـ اللهـ صـلـيـلـهـ عـلـيـهـ وـبـلـيـلـهــ أـنـهـ لـمـ بـعـثـ عـتـابـ بـنـ أـسـيـدـ إـلـىـ أـهـلـ مـكـةـ قـالـ : «ـأـخـبـرـهـمـ أـنـهـ :
لـاـ يـجـوزـ بـيـعـانـ فـيـ بـيعـ ، وـلاـ بـيعـ مـاـ لـمـ يـمـلـكـ ، وـلاـ سـلـفـ وـبـيعـ ، وـلاـ شـرـطـانـ فـيـ
بـيعـ»ـ .

٢ - وـرـوـاهـ بـهـذـاـ اللـفـظـ النـسـائـيـ فـيـ سـنـتـهـ (٢٩٥/٧)ـ عـنـ عـمـرـوـ بـنـ
شـعـيـبـ ، عـنـ أـبـيـهـ ، عـنـ جـدـهـ .

وـرـوـاهـ أـيـضـاـ (٢٩٥/٧)ـ بـسـنـدـهـ عـنـ عـمـرـوـ بـنـ شـعـيـبـ عـنـ أـبـيـهـ ، عـنـ جـدـهـ :
«ـأـنـ رـسـوـلـ اللهـ صـلـيـلـهـ عـلـيـهـ وـبـلـيـلـهــ نـهـىـ عـنـ سـلـفـ وـبـيعـ ، وـشـرـطـينـ فـيـ بـيعـ ، وـرـبـحـ مـاـ لـمـ
يـضـمـنـ»ـ .

وـرـوـاهـ أـيـضـاـ (٣٠٠/٧)ـ عـنـ نـفـسـ الـرـاوـيـ قـالـ : «ـنـهـىـ رـسـوـلـ اللهـ صـلـيـلـهـ عـلـيـهـ وـبـلـيـلـهــ عـنـ
سـلـفـ وـبـيعـ ، وـعـنـ شـرـطـينـ فـيـ بـيعـ وـاـحـدـ ، وـعـنـ بـيعـ مـاـ لـيـسـ عـنـدـكـ ، وـعـنـ رـبـحـ
مـاـ لـمـ يـضـمـنـ»ـ .

وـرـوـاهـ أـيـضـاـ (٢٨٨/٧)ـ عـنـ نـفـسـ الـرـاوـيـ أـنـ رـسـوـلـ اللهـ صـلـيـلـهـ عـلـيـهـ وـبـلـيـلـهــ قـالـ :
«ـلـاـ يـحـلـ سـلـفـ وـبـيعـ ، وـلـاـ شـرـطـانـ فـيـ بـيعـ ، وـلـاـ بـيعـ مـاـ لـيـسـ عـنـدـكـ»ـ .

٣ - وـرـوـاهـ أـحـمـدـ فـيـ مـسـنـدـهـ (١٧٩/٢)ـ بـسـنـدـهـ عـنـ عـمـرـوـ بـنـ شـعـيـبـ ،
عـنـ أـبـيـهـ ، عـنـ جـدـهـ بـنـفـسـ الـلـفـظـ .

ورواه بلفظ (عن نفس الراوي) قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ سَلْفِ وَبَيْعٍ، وَعَنْ بَيْعَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، وَعَنْ بَيْعٍ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، وَعَنْ رِبْعٍ مَا لَمْ يَضْمَنْ» (٢٠٥، ١٧٥، ١٧٤).

٤ — ورواه الدارمي في سنته (١٦٨/٢) بسنده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ سَلْفِ وَبَيْعٍ، وَعَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ، وَعَنْ رِبْعٍ مَا لَمْ يَضْمَنْ».

٥ — رواه مالك في الموطأ (ص ٤٠٧، ٤٠٨) أنه بلغه: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ وَسْلَفٍ». (لم يذكر مالك عن من سمعه).

٦ — ورواه نور الدين الهيثمي في موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان (ص ٢٧١ — ٢٧٢) بسنده عن عطاء، عن عبد الله بن عمرو بن العاص: أنه قال: يا رسول الله، إِنَّا نَسْمَعُ مِنْكَ أَحَادِيثَ أَفْتَأْذِنْ لَنَا أَنْ نَكْتُبَهَا؟ قال: «نعم». فكان أول ما كتب كتاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى أَهْلِ مَكَّةَ: «لَا يَجُوزُ شَرْطَانُ فِي بَيْعٍ وَاحِدٍ، وَلَا بَيْعٍ وَسْلَفٍ جَمِيعًا، وَلَا بَيْعٍ مَا لَمْ يَضْمَنْ، وَمَنْ كَانَ مَكَاتِبًا عَلَى مَائَةِ دَرَاهِمٍ فَقَضَاهَا إِلَّا عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ فَهُوَ عَبْدٌ، أَوْ عَلَى مَائَةِ أُوقِيَّةٍ فَقَضَاهَا إِلَّا أُوقِيَّةٍ فَهُوَ عَبْدٌ».

٧ — ورواه البيهقي في السنن الكبرى بسنده عن عمرو بن العاص عن أبيه، عن جده:

(أ) (٢٦٧/٥): بنفس اللفظ.

(ب) (٣٤٣/٥): أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ وَسْلَفٍ، وَعَنْ بَيْعَيْنِ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ، وَعَنْ بَيْعٍ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: حِرَامٌ شَفَ مَا لَمْ يَضْمَنْ.

(ج) (٣٤٠/٥): وروى عن نفس الراوي بلفظ أنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

أرسل عتاب بن أسيد إلى أهل مكة أن أبلغهم عن أربع خصال: «أن لا يصلح شرطان في بيع، ولا بيع وسلف، ولا بيع ما لا يملك، ولا ربح ما لا يضمن».

٨ — رواه الترمذى بنفس اللفظ وعن نفس الراوى (٤٣١ / ٤) حديث (١٢٥٢).

٩ — رواه أبو داود بنفس اللفظ وعن نفس الراوى (٤٠٢ / ٩) . (٤٠٣).

١٠ — ورواه ابن خزيمة في الإرواء عن نفس الراوى (١٤٧ / ٥) حديث رقم (١٣٠٥) بنفس اللفظ.

١١ — وعبد الرزاق في مصنفه (٣٩ / ٨) عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده بلفظ: قال: «نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع واحد، وعن بيع ما ليس عنده، وعن ربح مالم تضمن».

١٢ — والدارقطنى: الحديث (٣٢٠).

١٣ — وابن الجارود: الحديث ٦٠١.

١٤ — وأبو حنيفة (مسند حنيفة، ط الآداب القاهرة، ص ١٢٤).

١٥ — وابن حزم عن طريق أبي داود: المحتلي (٥٩٥ / ٩).

الحديث الثالث: عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة»، وكذلك روي عن ابن عمر، وابن عمرو:

١ — رواه بهذا اللفظ الترمذى في جامعه (٤٢٧ / ٤ — ٤٢٩) وقال بعد أن ذكر الحديث: وفي الباب، عن عبد الله بن عمرو وابن عمر وابن مسعود.

٢ — رواه مالك في الموطأ (ص ٤١٤): أنه بلغه أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة. (دون ذكر الراوي والسنن).

٣ — رواه النسائي في سنته (٢٩٥ — ٢٩٦) بسنده بنفس اللفظ وعن نفس الراوي.

٤ — ورواه أحمد في مسنده (٧١/٢) بسنده عن ابن عمر قال: «قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم، وإذا أحلت على مليء فاتبعه، ولا بيعتين في واحدة».

ورواه بسنده (٢٠٥، ١٧٤) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف، وعن ربح مال لم يضمن، وعن بيع ما ليس عندك».

٥ — رواه الطبراني في المعجم الكبير (٢٨٠/٨) في حديث رقم ٧٩١٧ بسنده عن أبي أمامة «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن صلاتين، وعن صيامين، وعن نكاحين، وعن لبستان، وعن بيعتين».

٦ — ورواه أبو داود في سنته (٣٣٢/٩) في حديث رقم (٣٤٤٤) بسنده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا».

٧ — رواه ابن حبان (الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧/٢٢٦)، بنفس اللفظ في حديث رقم (٤٩٥٣).

ورواه أيضاً في حديث رقم (٤٩٥٣) عن أبي هريرة بلفظ: قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أُوكْسَهُمَا أَوْ الرِّبَا».

٨ — رواه ابن حبان (موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان) بنفس اللفظ في حديث (١١٠٩)، ورواه أيضاً في حديث رقم (١١١٠) عن أبي هريرة

بلغظ: قال رسول الله ﷺ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا».

٩ — رواه البهقي في السنن الكبرى (٥/٣٤٣) بنفس اللفظ.

ورواه أيضاً عن أبي هريرة بلفظ: «أنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَىٰ عَنِ الْبَيْعَتِينَ فِي بَيْعَةٍ».

ورواه أيضاً عن أبي هريرة بلفظ: قال: قال رسول الله ﷺ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا».

ورواه عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أنَّ رسول الله ﷺ نَهَىٰ عَنِ الْبَيْعِ وَالسَّلْفِ، وَعَنِ الْبَيْعَتِينِ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ، وَعَنِ الْبَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، وَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «حَرَامٌ شَفَ مَا لَمْ يَضْمِنْ».

١٠ — ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (٧/١٩٢).

ورواه الحاكم في المستدرك (٢/٤٥).

ورواه ابن الجارود (ص ٥٩٩ - ٦٠٠).

وورد بلفظ: «لا يجوز بيعان في بيع».

حيث رواه الحاكم في المستدرك (٢/١٧) بسنده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، قال: قلت: يا رسول الله، إني أسمع منك أشياء أخاف أن أنساها، أفتاذن لي أن أكتبها؟ قال: «نعم» قال: فكان فيما كتب عن رسول الله ﷺ أنه لما بعث عتاب بن أسيد إلى أهل مكة قال: «أخبرهم: أنه لا يجوز بيعان في بيع، ولا بيع ما لا يملك، ولا سلف وبيع، ولا شرطان في بيع».

ولكنه لم يحكم عليه، بل سكت عنه، كما سكت عنه الحافظ الذهبي في تلخيصه على المستدرك (٢/١٧).

الخلاصة :

أنَّ الحديث لم يرو فقط من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وإنما روَيَ أيضًا من حديث أبي هريرة، وعبد الله بن عمر، فاما حديث أبي هريرة فرواه محمد بن عمرو عن أبي سلمة، عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة». أخرجه النسائي، والترمذى، وابن الجارود، وابن حبان، والبيهقي، وأحمد من طرق.

وفي لفظ آخر عنه: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما، أو الربا»، أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، وعنه أبو داود، وابن حبان، والحاكم وعنه البيهقي — كما سبق — .

وأما حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، فرواه يونس بن عبيد، عن نافع، عنه مرفوعاً بلفظ: «مطل الغني ظلم، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبعه، ولا تبع بيعتين في بيعة». أخرجه الترمذى، وابن الجارود، وأحمد، وابن ماجه، والبزار — كما سبق — إضافة إلى أنَّ حديث ابن عمر أخرجه ابن خزيمة، والبيهقي، وأحمد^(١).

درجة هذه الأحاديث من حيث القوَّة والضعف

الحديث الأول: «نهى رسول الله ﷺ عن صفتين في صفة واحدة».

* هذا الحديث بشكله المرووع إلى النبي ﷺ: قال فيه الحافظ الهيثمي في مجمع الزوائد ومنع الفوائد: «رواه البزار وأحمد، ورواه الطبراني في الأوسط، ولفظه: قال رسول الله ﷺ: «لا تحل صفتان في صفة»، ورواه في الكبير، ولفظه:

(١) يراجع في تفصيل ذلك: إرواء الغليل (٥/١٥٠ - ١٥١).

«الصفقة بالصفقتين ربا»، وهو موقوف، ورواه البزار كذلك وزاد: وأمرنا رسول الله ﷺ ياسياً باغالوضوء . ورجال أحمد ثقات»^(١).

وقد عقب الشيخ الألباني على هذا بـأنَّ: «رواية أحمد المرفوعة، في سندها شريك بن عبد الله القاضي، وهو سيء الحفظ، فلا يحتاج به، مع مخالفته لسفيان وشعبة في رفعه»^(٢)، وقد قال الحافظ ابن حجر فيه: «صدوق يخطئ، من الخامسة، مات في حدود الأربعين ومائة»، وذكر بـأنَّ «البخاري ومسلمًا وأبا داود، والنسائي وابن ماجه، والترمذى في الشمائل قد أخرجوها أحاديثه»^(٣).

الخلاصة :

أنَّ المرفوع إلى النبي ﷺ بهذا اللفظ معلول، أو بعبارة أخرى فيه ضعف، ولكن له شواهد من حديث أبي هريرة، وابن عمر، وابن عمرو كما في الحديث الثالث.

* وأما الموقوف على ابن مسعود فصحيح، كما قال الألباني: أخرجه عبد الرزاق في المصنف، وابن أبي شيبة، وابن حبان، والطبراني وسنه صحيح، وفي سماع عبد الرحمن من أبيه خلاف، وقد أثبته جماعة، والمثبت مقدم على النافي.

ورواه أحمد وهو رواية لابن حبان بلفظ: «لا تصلح سفقاتان في سفقة»، ولفظ ابن حبان: «لا يحل صفتان في صفة»، وأنَّ رسول الله ﷺ قال: «لعن الله أكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه»، وسنه صحيح أيضًا.

(١) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (٤/٨٤ - ٨٦).

(٢) إرواء الغليل (٥/١٤٩).

(٣) تقرير التهذيب، ط دار المعرفة - بيروت، لبنان (١/٣٥١).

وكذا رواه ابن نصر في السُّنَّةَ وزاد في رواية: «أن يقول الرجل: إنْ كان
بنقد فيكذا وكذا، وإن كان إلى أجلٍ فيكذا وكذا».

وهو رواية لأحمد، وجعله من قول سماك، الرواية عن عبد الرحمن
بن عبد الله.

ثم إنَّ الحديث رواه ابن نصر وعبد الرزاق في المصنف بسند صحيح
عن شريح، قال: فذكره من قوله مثل لفظ حديث الترجمة بالحرف الواحد.

قلت: وسماك هو ابن حرب، وهو تابعي معروف، قال: «أدركت
بثمانين صاحبًا»^(١)، وهو صدوق، غير أنَّ روايته عن عكرمة خاصة
مضطربة، وقد تغيَّرَ بأخره. مات سنة ٢٣٢هـ. وروى له البخاري ومسلم
وغيرهما^(٢).

درجة الحديث الثاني: «لا يحل بيع وسلف . . .»:
* قال الترمذى فيه: «وهذا الحديث حسن صحيح»^(٣).

* وقال الحاكم في المستدرك: «هذا حديث صحيح على شرط جملة
من أئمة المسلمين صحيح، وهكذا رواه أبو داود ابن أبي هند وعبد الملك
ابن أبي سليمان وغيرهم عن عمرو بن شعيب»، ووافقه الذهبي^(٤).

* وقال المنذري: وأخرجه الترمذى والنسائي وابن ماجه، وقال
الترمذى: حسن صحيح، ويشهى أن يكون صحيحًا لتصريحه بذكر عبد الله بن
عمرو ويكون مذهبة في الامتناع بحديث عمرو بن شعيب إنما هو الشك في

(١) سلسلة الأحاديث الصحيحة، ط مكتبة المعارف – الرياض (٥/٤٢٠).

(٢) تقريب الذهبي (١/٢٣٢).

(٣) سنن الترمذى – المرجع السابق (٤/٤٣٣).

(٤) المستدرك وبهامشه التلخيص للذهبي (٢/١٧).

إسناده لجواز أن يكون الضمير عائداً على محمد بن عبد الله بن عمرو، فإذا صرّح بذلك عبد الله بن عمرو انتفى ذلك، والله أعلم^(١).

* والحديث — كما رأينا — رواه ابن حبان في صحيحه^(٢)، وهذا يعني الحكم عليه بالصحة.

* والحديث — كما رأينا — رواه ابن خزيمة في صحيحه^(٣)، وهذا يعني الحكم عليه بالصحة.

* وقال ابن حزم^(٤): «هذا صحيح، وبه نأخذ، ولا نعلم لعمرو بن شعيب حديثاً مسندًا إلاً هذا وحده، وأخر في الهبات».

* وقال الزيلعي^(٥): «قال المنذري: ويشه أنه يكون الترمذى إنما صحيحه لتصریحه فيه بذكر عبد الله بن عمرو».

* ووافق الحافظ عبد الحق^(٦): الترمذى في حكمه على هذا الحديث بأنه حسن صحيح.

* ونقل ابن تيمية، والحافظ ابن حجر تصحيح الترمذى، وابن خزيمة، والحاكم، وأنه أخرجه أيضاً في علوم الحديث من رواية أبي حنيفة عن عمرو المذكور بلفظ آخر^(٧).

(١) عون المعبد شرح سنن أبي داود لابن قيم الجوزية (٤٠٥/٩).

(٢) موارد الظمان، الحديث رقم (١١٠٨)، (ص ٢٧١).

(٣) الإرواء، الحديث رقم (١٣٠٥).

(٤) المحلّى (٥٩٥/٩).

(٥) نصب الرأي، ط المكتبة الإسلامية (١٨/٤ - ١٩).

(٦) كتاب الأحكام (١٥٤/٢)، نقلًا عن إرواء الغليل (٥/١٤٧).

(٧) وهو لفظ: «نهى عن بيع وشرط»، ثم قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام مع شرح سبل السلام (٨٠٩/٣): من هذا الوجه أخرجه الطبراني في الأوسط وهو غريب.

* وقال الألباني في الإرواء، الحديث (١٣٠٦) : «حسن»، وقال في صحيح الجامع الصغير، الحديث (٧٦٤٤) : «صحيح».

والخلاصة :

أنَّ الحديث صحيح ينهض حجة في عدم جواز البيع والسلف في صفقة واحدة — كما سيأتي شرحه — .

درجة الحديث الثالث : «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَنِ بَيعِتِينَ فِي بَيْعَةٍ» :

ذكرنا عند التخريج أنَّ هذا الحديث روي من حديث أبي هريرة، وحديث عبد الله بن عمر بن الخطاب، وحديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

* فأما حديث أبي هريرة بلفظ : «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَنِ بَيعِتِينَ فِي بَيْعَةٍ» :

قال الترمذى فيه : «حديث حسن صحيح»^(١) .

وبلفظ : «من باع . . .» .

— فقال الحاكم : «صحيح على شرط مسلم»، ووافقه الذهبي^(٢) .
وكذلك صححه ابن حزم^(٣)، وعبد الحق في أحكامه^(٤)،
والبغوي^(٥) .

(١) الترمذى — مع تحفة الأحوذى — (٤٢٧ / ٤) — (٤٢٩) .

(٢) المستدرك، مع التلخيص بالهامش (٤٥ / ٢) .

(٣) المحتلى لابن حزم (١٦ / ٩) .

(٤) الأحكام للحافظ عبد الحق (١ / ١٥٥)، كما في الإرواء (٥ / ١٥٠) .

(٥) شرح السنة (٨ / ١٤٢) .

ـ ولكن الشيخ الألباني قال في صحيح الجامع الصغير: «صحيح»، الحديث (٦٩٤٣)، مع أنه قال في الإرواء: «وإنما هو حسن فقط، لأنَّ محمد بن عمرو فيه كلام يسير في حفظه، وقد روى البخاري عنه مقرورنا، ومسلم متابعة»^(١).

قال الحافظ ابن حجر في حق محمد بن عمرو اليافعي: «صدوق، له أوهام من التاسعة»، ثم أشار إلى أنه روى له مسلم والنسائي^(٢).

وقال الحافظ الذهبي: «ذكره ابن حبان في ثقاته. وقال ابن أبي حاتم: سألت أبي، وأبا زُرعة عنه، فقال: هو شيخ لابن وهب، قلت: قد روى له مسلم، وما علمت أحداً ضعفه»^(٣).

* وأما حديث عبد الله بن عمر:

ـ فقال الحافظ الهيثمي: «ورجال أحمد رجال الصحيح»^(٤).

وعقب عليه الشيخ الألباني فقال: «لكنه منقطع، فقد قال البوصيري في «الزوائد»: (هذا الإسناد رجاله ثقات غير أنه منقطع. وقال أحمد بن حنبل: لم يسمع يونس بن عبيد عن نافع شيئاً وإنما سمع من ابن نافع عن أبيه)، وقال ابن معين، وأبو حاتم: (لم يسمع من نافع شيئاً)، ثم قال الشيخ الألباني: (نافع أولاده ثلاثة: عمر، وعبد الله، وأبو عمر، كما في «التهذيب»، وعمر ثقة من رجال الشيختين، والثاني ضعيف، والثالث لم أعرفه، فإن كان الذي روى عنه الأول فالسند صحيح، وإنما لا)»^(٥).

(١) إرواء الغليل (٥/١٥٠).

(٢) تقريب التهذيب (٢/١٩٦).

(٣) ميزان الاعتدال للحافظ الذهبي، ط دار المعرفة، بيروت (٣/٤٧٤ - ٤٧٥).

(٤) مجمع الزوائد (٤/٨٥).

(٥) إرواء الغليل (٥/١٥١ - ١٥٠).

* وأما حديث ابن عمرو:

— فقد أخرجه ابن خزيمة في صحيحه — كما سبق — مما يعني حكمه

عليه بالصحة^(١).

الخلاصة:

أنَّ الحديث صحيح، أو حسن، ينهض حجة على المطلوب.

معنى الحديث

تضمن الحديث بمتونه الثلاثة عدة كلمات تحتاج إلى الشرح

والتوضيح، منها:

أوَّلًا: معنى النهي عن الصفتين في صفقة واحدة:

* الصفة لغةً: من الصفق، وهو الضرب الذي يُسمع له صوت، ومنه التصفيق، ويقال: صفق بيديه، وتصافقوا أي تباعوا، وصفق يده بالبيعة والبيع، وعلى يده صفقاً: ضرب بيده على يده، وذلك عند وجوب البيع، والاسم منها: الصفق، والصفقيّ.

ويقال: ربحت صفتتك — أي بيعك وشراؤك — وصفقة رابحة،

أو خاسرة، وهكذا^(٢).

والخلاصة: أنَّ المراد بالصفقة هي البيعة، يقول ابن منظور: « وإنما قيل للبيعة: الصفة، لأنهم كانوا إذا تباعوا تصافقوا بالأيدي »^(٣)، ثم شاعت في البيع والتجارة مطلقاً، وقد ورد في حديث أبي هريرة: « أَلْهَاهُم الصفق

(١) إرواء الغليل (٥/١٥١).

(٢) يراجع: لسان العرب، والقاموس المحيط — مادة « صفق ».

(٣) لسان العرب، ط دار المعارف (٥/٢٤٦٤).

بالمأسواق»^(١)، أي: ألهام التباع.

* والسفقة بالسين لغة، هي: «الصفقة» طبقاً لقاعدة عامة تقضي بجواز قلب الصادسين كما في «الصراط المستقيم» و«السراد المستقيم»، وفي: «صقبه» و«سقبه».

* ومن هنا تبيّن أن المراد بالصفقتين في صفقة واحدة: أي يتعين في بيعه واحدة. فالصفقة، والسفقة، والبيعة، بمعنى واحد.

* إذن بقي أن نفهم المراد من هذه الجملة: حيث ثار فيها خلاف وتفصيل، نذكر ذلك من خلال نصوص الفقهاء.

ولنبدأ بتفسير الصحابة والتابعين ومن بعدهم من الفقهاء:

تفسير الصحابة والتابعين للصفقتين في صفقة واحدة:

* ما جاء عن الصحابي الجليل ابن مسعود في تفسيره^(٢): روى عبد الرزاق في مصنفه بسنده عن ابن مسعود قال: «لا تصلح الصفقتان في الصفقة: أن يقول: هو بالنسبة بكلذا وكذا، وبالنقد بكلذا وكذا»^(٣).

وروى عبد الرزاق في مصنفه بسنده عن ابن مسعود قال: «الصفقتان في الصفقة ربا».

قال سفيان: يقول: إن باعه بيعاً فقال: أبيعك هذا بعشرة دنانير، تعطني بها صرف دراهمك.

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه - مع فتح الباري - (٣٢١/٤).

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٣٨/٨)، الحديث رقم (١٤٦٣٣، ١٤٦٣٩، ١٤٦٣٢، ١٤٦٣٧، ١٤٦٣٦).

(٣) نفس المصدر السابق.

* معنى الحديث عند سفيان الثوري^(١): روى عبد الرزاق في مصنفه الحديث وقال: قال الثوري: إذا قلت: أبيعك بالنقد إلى كذا، وبالنسبة بكذا وكذا، فذهب به المشتري، فهو بال الخيار في البيع ما لم يكن وقع بيع على أحدهما، فإن وقع البيع هكذا مكرر، وهو بيعتان في بيعه، وهو مردود، وهو الذي ينهى عنه، فإن وجدت متابعاً بعينه أخذته، وإن كان قد استهلك ذلك أو كسر الثمنين وأبعد الأجلين.

وروى عبد الرزاق: قال الثوري في رجل سلف رجلاً مئة دينار في شيء، فلما ذهب ليزن له الدنانير، قال: أعطني بها دراهم أو عرضاً، قال: هو مكرر، لأنه بيعتان في بيعه.

* معناه عند مسروق^(٢): روى عبد الرزاق في مصنفه عن مسروق في رجل قال: أبيعك هذا البز بكذا وكذا ديناراً، تعطني الدينار من عشرة دراهم، قال مسروق: قال عبد الله: لا تحل الصفقتان في الصفة.

* معناه عند سماك: روى الإمام أحمد بسنده عن سماك عن عبد الرحمن ابن عبد الله بن مسعود، عن أبيه قال: «نهى عن صفتين في صفة».

قال سماك: هو الرجل يبيع البيع فيقول هو بنسأ بكذا، وهو بند بكذا وكذا»^(٣).

وهذا التفسير رواه ابن نصر أيضاً في السنّة (ص ٥٤)، ورواه عنه عبد الرزاق في المصنف بسند صحيح^(٤).

(١) نفس المصدر السابق.

(٢) نفس المصدر السابق.

(٣) مسند أحمد (١/٣٩٣، ٣٩٨).

(٤) مصنف عبد الرزاق (٨/١٣٨)، الحديث (١٤٦٢٩).

* تفسير عبد الوهاب بن عطاء^(١): روى البيهقي بسنده عن عبد الوهاب بن عطاء، أنا محمد بن عمرو عن أبي سلمة، عن أبي هريرة: «أنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَىٰ عَنْ بِعْتِينَ فِي بِعْتَةٍ».

وفي رواية يحيى قال عبد الوهاب: يعني يقول: هو لك بفقد عشرة، وبنسية عشرة».

* معناه عند أبي سليمان^(٢): قال الشيخ - رحمه الله - قرأت في كتاب أبي سليمان في تفسير هذا الحديث يشبه أن يكون ذلك حكمة في شيء بعينه كأنه أسفل دياراً في قفيز بر إلى شهر، فلما حلَّ الأجل وطالبه بالبر قال له: يعني القفيز الذي لك بقفيزين إلى شهرين، فهذا بيع ثان، قد دخل على البيع الأول فصار بيعتين في بيعه فيردان إلى أوكسهما، وهو الأصل، فإن تباعاً البيع الثاني قبل أن يتناقضاً البيع الأول كانا مربين.

* تفسير أبي عبيد^(٣): قال أبو عبيد: «ومعنى «صفقتان في صفة»: أن يقول الرجل للرجل: أبيعك هذا نقداً بكذا، ونسية بكذا، ويفترقان عليه.

* تفسير ابن سيرين له^(٤): روى عبد الرزاق في مصنفه بسنده صحيح عن أبوب ، عن ابن سيرين، أنه كان يكره أن يقول: أبيعك بعشرة دنانير نقداً، أو بخمسة عشر إلى أجل، وما كره ذلك إلا لأنَّه نهى عنه.

* تفسير طاوس له: روى عبد الرزاق بسنده صحيح عن طاوس قال:

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٥/٣٤٣).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٥/٣٤٣).

(٣) نصب الراية (٤/٢٠).

(٤) مصنف عبد الرزاق (٨/١٣٧) حديث رقم (١٤٦٢٩).

إذا قال: هو بكتذا وكذا إلى كذا وكذا، وبكتذا وكذا إلى كذا وكذا، فوقع البيع على هذا فهو بأقل الشهرين إلى أبعد الأجلين^(١).

ورواه أيضاً عبد الرزاق وابن أبي شيبة^(٢) في مصنفه عن طريق ليث، عن طاوس مختصرًا، دون قوله: «فوقع البيع»، ولكنه مع زيادة: «فباعه على أحدهما قبل أن يفارقه، فلا بأس به». غير أنَّ الشيخ الألباني قال: «فهذا لا يصح عن طاوس؛ لأنَّ ليثاً – وهو ابن أبي سليم – كان اختلط»^(٣).

* تفسير الأوزاعي له^(٤): فقد ذكر الخطابي في معالم السنن أنه قيل للأوزاعي: فإن ذهب بالسلعة على ذينك الشرطين؟ فقال: هي بأقل الشهرين إلى أبعد الأجلين».

* تفسير النسائي له^(٥): حيث قال تحت باب بيعتين في بيعه: وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقداً، وبمائتي درهم نسبيّة».

* تفسير ابن حبان له^(٦): قال في صحيحه: «ذكر الزَّجْرُ عن بيع الشيء بمائة دينار نسبيّة، وبتسعين ديناراً نقداً»، ذكر ذلك تحت حديث أبي هريرة.

ثانيًا: معنى النهي عن بيعتين في بيعه، أو بيعتين في بيع:
* فالبيع معروف، وهو: مقابلة المال بمال عن تراض، والثاء في

(١) مصنف عبد الرزاق، حديث رقم (١٤٦٣١) (١٤٦٣١/٨)، وحديث رقم (١٤٦٢٦).

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٦/١٢٠).

(٣) سلسلة الأحاديث الصحيحة (٥/٤٢٠).

(٤) معالم السنن (٥/٩٩).

(٥) سنن النسائي (٧/٢٩٥).

(٦) الإحسان لابن حبان (٧/٢٢٥).

«البيعة» للوحدة، والمقصود بذلك هو النهي عن صفقتين في صفقة واحدة، حيث المؤدي واحد، كما سبق.

* وقد فسر العلماء هذا الحديث بنفس المعنى الذي فسّروا به حديث النهي عن صفقتين في صفقة واحدة:

فالأمام النسائي^(١): حينما ترجم: باب بيعتين في بيعة قال: «وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقداً وبمائتي درهم نسيئة».

وكذلك فعل الإمام مالك^(٢) حيث ترجم: باب النهي عن بيعتين في بيعة، فذكر بлагаً أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة».

ثم جاء في الموطأ^(٣): وحدثني عن مالك، أنه بلغه أنَّ رجلاً قال لرجل: ابتع لي هذا العير بقدر، حتى ابتعاه منك إلى أجل، فسئل عن ذلك عبد الله بن عمرو: فكره ونهى عنه.

وحدثني مالك، أنه بلغه أنَّ القاسم بن محمد سُئل عن رجل اشتري سلعة بعشرة دنانير نقداً، أو بخمسة عشر ديناراً إلى أجل، فكره ونهى عنه.

قال مالك في رجل ابتع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقداً، أو بخمسة عشر ديناراً إلى أجل، قد وجبت للمشتري بأحد الثمينين: أنه لا ينبغي ذلك لأنَّه إن أحرَّ العشرة كانت خمسة عشر إلى أجل، وإن نقد العشرة كان إنما اشتري بها الخمسة عشر التي إلى أجل.

قال مالك في رجل قال لرجل: أشتري منك هذه العجوة خمسة عشر صاعاً، أو الصيحياني - نوع من التمر - عشرة أصوع، أو الحنطة المحمولة

(١) سنن النسائي (٢٩٥/٧).

(٢) موطأ الإمام مالك (ص ٤١١ - ٤١٢).

(٣) موطأ الإمام مالك (ص ٤١١ - ٤١٢).

خمسة عشر صاعاً، أو الشامية عشرة أصوع بدينار قد وجبت لـي إحداهما: إن ذلك مكروه لا يحل، وذلك أنه قد أوجب له عشرة أصوع صيحة، فهو يدعها ويأخذ خمسة عشر صاعاً من العجوة، أو تجب عليه خمسة عشر صاعاً من الحنطة المحمولة، فيدعها ويأخذ عشرة أصوع من الشامية، فهذا أيضاً مكروه لا يحل، وهو أيضاً يشبه ما نهى عنه من بيعتين في بيعة، وهو أيضاً مما نهى عنه أن يباع من صنف واحد من الطعام، اثنان بواحد^(١).

• تفسير بعض أهل العلم حسب تعبير الترمذى، حيث قال^(٢): وقد فسر بعض أهل العلم، قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقد عشرة وبنصيحة بعشرين، ولا يفارقه على أحد البيعتين، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كان العقد على واحد منهما.

• وجاء في تحفة الأحوذى في ذلك^(٣): قال في شرح السنة بعد ذكر هذا التفسير: «هو فاسد عند أكثر أهل العلم؛ لأنه لا يدرى أيهما جعل الثمن». وقال في النيل: «والعلة في تحريم بيعتين في بيعة عدم استقرار الثمن في صورة بيع الشيء الواحد بثمنين».

«إذا فارقه...» بأن قال البائع: أبيعك هذا الثوب بنقد عشرة وبنصيحة بعشرين. فقال المشتري: اشتريته بنقد عشرة ثم نقد عشرة دراهم. فقد صحَّ البيع.

وكذلك إذا قال المشتري: اشتريته بنصيحة بعشرين، وفارقه على واحد معين منهم.

(١) موطأ الإمام مالك (ص ٤١١ - ٤١٢).

(٢) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى (٤٢٧ / ٤ - ٤٢٨).

(٣) تحفة الأحوذى (٤ / ٤٢٨).

وهذا التفسير قد رواه الإمام أحمد في روايته عن سماك، ففي المتنى عن سماك، عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه قال: نهى عن النبي عن صفتين في صفتة: قال سماك: هو الرجل يبيع البيع فيقول هو بنساً بكلذا، وينقد بكلذا وكذا».

* وقال الشوكاني في نيل الأوطار^(١): «من باع بيعتين في بيعة فسره سماك بما رواه المصنف، يعني صاحب المتنى عن أحمد عنه، وقد وافقه على مثل ذلك الشافعي فقال: بأن يقول بعلك بآلف نقداً أو ألفين إلى سنة، فخذ أيهما شئت أنت وشتئت أنا».

ونقل ابن الرفعة عن القاضي: أنَّ المسألة مفروضة على أنه قبل على الإبهام، أما لو قال: قبلت بآلف نقداً أو بآلفين بالنسبة صَحَ ذلك.

* قال الشافعي^(٢): ومن معنى ما نهى النبي عن النبي عن بيعتين في بيعة أن يقول: «أبيعك داري هذه بكلذا على أن تباعني غلامك بكلذا، فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري، وهذا تفارُقٌ عن بيع بغير ثمن معلوم، ولا يدرى كل واحد منهمما على ما وقعت عليه صفتة».

* وجاء في تحفة الأحوذى في ذلك^(٣): قال في المرقاة بعد ذكر هذا التفسير: هذا أيضاً فاسد لأنَّه بيع وشرط، ولأنَّه يؤدي إلى جهالة الشمن؛ لأنَّ الوفاء بيع العجارية لا يجب، وقد جعله من الشمن وليس له قيمة فهو شرط لا يلزم، وإذا لم يلزم ذلك بطل بعض الشمن فيصير ما بقي من المبيع في مقابلة الثاني مجهاً.

(١) نيل الأوطار (٢٨٦/٦ - ٢٨٧).

(٢) جامع الترمذى مع تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى (٤٢٧/٤).

(٣) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى (٤٢٨/٤).

وقال في النيل: «والعلة في تحريم هذه الصورة التعليق بالشرط المستقبل. واعلم أنه قد فسر البيعتان في بيعة بتفسير آخر، وهو أن يسلفه ديناراً في قفيز حنطة إلى شهر، فلما حلَّ الأجل وطالبه بالحنطة قال: يعني القفيز الذي لك عليَّ إلى شهرين بقفيزين، فصار ذلك بيعتين في بيعة؛ لأنَّ البيع الثاني قد دخل على الأول فيرد إلى أوكسهما وهو الأول. كذا في شرح السنن لابن رسلان، فقد فسر حديث أبي هريرة المذكور بلفظ: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، بثلاثة تفاسير فاحفظها.

ثم أعلم أنَّ لحديث أبي هريرة هنا رواية أخرى رواها أبو داود في سنته بلفظ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا».

قال الشوكاني في شرح هذه الرواية ما لفظه: قوله فله أوكسهما أي أنقصهما.

وقال الخطابي: لا أعلم أحداً قال بظاهر الحديث وصحَّح البيع بأوكس الثمنين إلَّا ما حكى عن الأوزاعي، وهو مذهب فاسد^(١).

* قال الشوكاني في شرح رواية: «... فله أوكسهما أو الربا»: ولا يخفى أنَّ ما قاله هو ظاهر الحديث: لأنَّ الحكم له بالأوكس يستلزم صحة البيع به. ومعنى قوله أو الربا: يعني أن يكون قد دخل هو وصاحبه في الربا المحرم إذا لم يأخذ بالأوكس بل أخذ بالأكثر. قال: وذلك ظاهر في التفسير الذي ذكره ابن رسلان.

وأما في التفسير الذي ذكره أحمد عن سماك وذكره الشافعي ففيه متمسك لمن قال: يحرم بيع الشيء بأكثر من سعر يومه بالنساء. وقد ذهب

(١) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى (٤٢٨/٤).

إلى ذلك زين العابدين علي بن الحسين والناصر والمنصور بالله والهادوية والإمام يحيى.

وقالت الشافعية والحنفية وزيد بن علي والمؤيد بالله والجمهور: إنه يجوز لعموم الأدلة القاضية بجوازه، وهو الظاهر؛ لأنَّ ذلك المتمسك هو الرواية الأولى من حديث أبي هريرة، يعني التي رواها أبو داود، وقد ذكرنا لفظها آنفًا، وقد عرفت ما في راويها من المقال، ومع ذلك المشهور عنه اللفظ الذي رواه غيره، وهو النهي عن بيعتين في بيعة ولا حجة على المطلوب.

ولو سلمنا أنَّ تلك الرواية التي تفرد بها ذلك الرواذي صالحة للاحتجاج لكان احتمالها لتفسير خارج عن محل النزاع – كما سلف عن ابن رسلان – قادرًا في الاستدلال بها على المتنازع فيه، على أنَّ غاية ما فيها الدلالة على المنع من البيع إذا وقع على الصورة، وهي أن يقول نقدًا بكلذ ونفيه بكلذ، لا إذا قال من أول الأمر نفيه بكلذ فقط، وكان أكثر من سعر يومه مع أن المتمسِّكين بهذه الرواية يمنعون من هذه الصورة، ولا يدل الحديث على ذلك، فالدليل أخص من الدعوى.

قال: وقد جمعنا رسالة في هذه المسألة وسمَّيَناها شفاء العلل في حكم زيادة الثمن لمجرد الأجل وحققتها تحقيقًا لمسبق إليه^(١).

والخلاصة:

ويتلخص ما ذكرناه أنَّ جمهور العلماء فسَّروا الصفتين في صفة واحدة، والبيعتين في بيعة واحدة بأنَّ المراد هو أن تتضمن الصفة الواحدة

(١) نيل الأوطار للشوكاني (٦/٢٨٧ – ٢٨٨)، وقد نقلنا كل ما قال حول الحديث لأهميته، ولأنه يتضمن خلاصة لمعظم ما قاله السابقون حول هذا الموضوع، ولم يطلع على رسالته المنوَّه بها.

سعرين (ثمين) للبيع، سعراً زائداً لبيعه أجالاً، وسعراً أقل لبيعه عاجلاً، وقيد ذلك بأن يكون في صفقة واحدة، أما إذا وجدت المساوية على ذلك، ثم يتفقان على أحدهما فلا بأس، قال الترمذى: «وقد فسر بعض أهل العلم، قالوا: بيعتين في بيعه أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقد عشرة، وبنصيئتهعشرين، ولا يفارقه على أحد البيعين، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على واحد منها»^(١).

ثالثاً: معنى النهي عن شرطين في بيع :

يظهر مما قاله معظم رواة الحديث، والفقهاء أنَّ المراد به هو نفس معنى النهي عن بيعتين في بيعه واحدة، ولذلك ورد في ألفاظ الحديث: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعه» من حديث عبد الله بن عمرو، أخرجه ابن خزيمة، والبيهقي، وأحمد. ورواه غيرهم بنفس السند بلفظ: «ولا شرطان في بيع».

يقول الشيخ الألبانى: «ويظهر أنَّ اللفظين بمعنى واحد إذ رواه بعض الرواة عن عمرو بن شعيب بهذا، وبعضهم بهذا»^(٢).

ويؤيد ذلك أنَّ ابن قتيبة في «غريب الحديث» فسر «النهي عن الشرطين في بيع» بنفس معنى النهي عن بيعتين في بيعه فقال: «ومن البيوع المنهي عنها... شرطان في بيع، وهو أن يشتري الرجل السلعة إلى شهرين بدینارين، وإلى ثلاثة أشهر بثلاثة دنانير، وهو بمعنى: «بيعتين في بيعه»^(٣). قال الألبانى: «وقد مضى قريباً تفسيره بما ذكرناه عن سماك، وكذلك فسره

(١) جامع الترمذى – مع تحفة الأحوذى – (٤٢٧/٤).

(٢) إرواء الغليل (١٥١/٥)، وصحیح الجامع الصغیر (١١٦/٧) الحديث (٦٩٤٣).

(٣) غريب الحديث (١٨/١).

عبد الوهاب بن عطاء فقال: «يعني يقول: هو لك بنقد عشرة، وبنسبة
عشرين»^(١).

حيث تدل النصوص الكثيرة على أنَّ مجرَّد اجتماع شرطين جائزين في
عقد واحد لا يضر بالعقد — كما سيأتي.

رابعاً: معنى النهي عن بيع وسلف:

قال إسحاق بن منصور: قلت لأحمد: ما معنى: نهى عن سلف وبيع؟

قال: أن يكون يقرضه قرضاً ثم يباعه بيعاً يزداد عليه، ويحتمل أن يكون
يسلف عليه في شيء فيقول: إن لم يتهمَّا عندك فهو بيع عليك^(٢).

وعلى ضوء التفسير الأول:

يكون المراد بالحديث النهي عن التحويل على الربا، بحيث يصل
المقرض إلى الزيادة من خلال بيع يضممه إلى القرض فإذاً زادت قيمة
في مقابل القرض، وكذلك فهو داخل في قرض جرّ منفعة واضحة.

وعلى التفسير الثاني:

يكون العقد معلقاً بين البيع والقرض حيث يسلف إليه في شيء؛ يعني
يقرضه دراهم، أو دنانير، وأخذ منه شيئاً، فيقول: إن لم يتهمَّا عندك، ولم
يتيسَّر لك رد الدر衙م أو الدنانير فهو بيع عليك. يعني بذلك الشيء الذي
أخذت منه يكون مبيعاً منك بعوض تلك الدر衙م، أو الدنانير^(٣).

قال البغوي: «المراد بالسلف هنا القرض، قال، أموان يقرضه
قرضاً، ثم يباعه عليه بيعاً يزداد عليه، سد؛ لأنَّه إنما يقرضه على أن

(١) إرواء ١٠١، ١٥١.

جامع الترمذى مع تحفة الأحوذى (٤٣٢/٤).

(٢) تحفة الأحوذى (٤٣٢/٤).

يحايه في الثمن، وقد يكون السلف بمعنى السلم، وذلك مثل أن يقول: أبيعك عبدي هذا بألف على أن تسلفي مائة في كذا وكذا، أو يسلم إليه في شيء، ويقول: إن لم يتهيأ المسلم فيه عندك فهو بيع لك»^(١).

قال الشوكاني: «وفي كتب جماعة من أهل البيت – عليهم السلام – أنَّ السلف والبيع صورته: أن ي يريد الشخص أن يشتري السلعة بأكثر من ثمنها لأجل النساء، وعنه أنَّ ذلك لا يجوز، فيحتمل، فيستقرض الثمن من البائع ليعجله إليه صلة. والأولى: تفسير الحديث بما تقتضيه الحقيقة الشرعية، أو اللغوية، أو العرفية، أو المجاز عند تعلُّر الحمل على الحقيقة، لا بما هو معروف في بعض المذاهب غير معروف في غيره»^(٢).

* * *

المعنى الراجح:

يظهر من هذه التفسيرات أنَّ التفسير الحرَّيَ بالقبول والترجح هو أنَّ الحديث يدل على النهي عن الجمع بين سلف وبيع سواء أكان على صورة شرط مثل أن يقول: أبيعك هذه الدار على أن تسلفي كذا، أو أسلفك كذا على أن تباعني كذا، أم كان على غير شرط، كأن تتضمنَ الصفة الواحدة عقد البيع، والقرض أو السلم، وأنَّ العلة في ذلك هو الوقع في الربا، واستغلال عقد القرض أو السلم للوصول إلى زيادة لم تكن تتحقق لولاه، فالحديث ظاهر وواضح في دلالته على هذا المعنى، حيث استعمل لفظ الـواو الدالَّة على مطلق الجمع، والله أعلم.

(١) نيل الأوطار (٦/٣٢٤).

(٢) المصدر السابق (٦/٣٢٤ – ٣٢٥)، ويراجع: سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار الجليل (٣/٨١٠).

فقه هذه الأحاديث

ننطرّق من خلال ذلك إلى المراد بالنهي الوارد في هذه الأحاديث أولاً، ثم إلى الأحكام المأخوذة منها ثانياً، ثم ما لا يدخل فيه مما له شبهة تخيل بالدخول ثالثاً.

أولاً: ورد الحديث الأول بلفظ «نهى»، وكذلك في الحديث الثالث، في حين ورد الحديث الثاني بلفظ: «لا يحل»، كما أنَّ الحديث الثالث ورد في بعض رواياته وطرقه بلفظ: «لا يجوز». وهذا إن دلَّ على شيء فإنما يدل على أنَّ النهي هنا للتحريم ما دام قد أكَّد ذلك بلفظ: «لا يحل»، أو: «لا يجوز»، فالنهي وإن كان فيه خلاف كبير في أنه هل هو حقيقة في التحريم، أو في الكراهة، أو في التهديد؟

لكنه هنا حقيقة في التحريم لوجود القرائن الدالَّة عليه^(١).

ولكنه هنا يثور السؤال المعروف، وهو: هل هذا النهي يقتضي الفساد والبطلان أم لا؟

فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والإباضية إلى أنَّ النهي يقتضي فساد المنهي عنه ما دام النهي لذات المنهي عنه كالنهي عن بيع الملاقيع والميتة، أو لوصف لازم كالنهي عن بيع درهم بدرهمين. وأما النهي عن الشيء لوصف غير لازم، كالنهي عن البيع وقت آذان الجمعة فلا يوجب فساده إلَّا عند الحنابلة والظاهرية والإباضية.

وذهب الحنفية إلى أنَّ النهي عند عدم وجود قرينة دالَّة على أنَّ النهي لمعنى في ذات المنهي عنه أو لغيره لا يدل على أنَّ المنهي عنه غير مشروع،

(١) يراجع في تفصيل ذلك: الأحكام للأمدي (٤٧/٢ . . .)، وشرح الكوكب المنير (٤١٨/١)، والمحصول (٤٦٩/٢)، والمستصفى (٨٣—٧٧).

بل ينسحب على معنى لغيره فيكون الأصل مشروعًا والفساد في الوصف فقط^(١).

والبحث وإن كان لا يسع لإثراء هذا الموضوع، لكن الذي يظهر رجحانه هو قول الجمهور.

فعلى ضوء ذلك، فالذى يظهر لنا أنَّ النهي في هذه الأحاديث ليس لذات المنهي عنه، وإنما لوصف لازم فيكون حكمه البطلان والفساد عند الجمهور، وعلى فساد الوصف عند الحنفية، ومن المعلوم أنَّ الحنفية فرقوا بين الفاسد والباطل ورتبوا على ذلك عدَّة آثار، منها أنَّ الباطل لا يترتب عليه أثر شرعى في حين أنَّ العقد الفاسد يترتب عليه بعض الأحكام عندما يتم القبض^(٢).

الأحكام المستفادة:

* الحكم الأول: تحريم، وبطلان – أو فساد – صفتين في صفة واحدة، وبيعتين في بيعة واحدة، وشرطين في بيع.

وقد برهنا على أنَّ المراد بهذه الألفاظ الثلاثة شيء واحد، وأنها متراوفة من حيث المعنى والمؤدى والمقصود.

وقد ذكرنا عند تفسير هذه النصوص أنَّ المعنى الراجح هو:

(١) يراجع لتفصيل ذلك: المستصفى (٢٤/٢)، وفواتح الرحموت بهامش المستصفى (١/٣٩٦ – ٤٠٥)، والتلويح (٤١٤/١)، وتسهيل التحرير (٣٧٦/١)، والبرهان لإمام الحرمين (٢٨٣/١)، والمنهاج مع شرحه للإسنوي والبدنخشى (٥٨/١)، والإبهاج لابن السبكي (٦٧/٢)، والإحكام للأمدي (٢٤٨/٢)، والمحلل لابن حزم (٤١٨/٩)، وشرح النيل لابن أطفيش (٥٠٦/١).

(٢) يراجع لتفصيل في ذلك: مبدأ الرضا في العقود – دراسة مقارنة، ط دار البشائر (١٥١/١...).

الذى ذكره الصحابي الجليل ابن مسعود، وتفسيره بالتأكيد أولى من تفسير غيره، ولا سيما أنه قد روى عنه هذا الحديث مرفوعاً وموقوفاً، لأنَّ راوي الحديث أولى بفهمه من غيره، كما أنَّ تفسير سماك أيضاً يتَّفق معه، وسماك هو تابعي معروف أدرك ثمانين صحابيًّا، فتفسيره للحديث ينبغي أن يقدم عند التعارض، ولا سيما وهو أحد رواة هذا الحديث، «لأنَّ الراوي أدرى بمروره من غيره؛ لأنَّ المفروض أنه تلقى الرواية من الذي رواها عنه مقرُّونا بالفهم لمعناها، فكيف وقد وافقه على ذلك جمع من علماء السلف وفقهائهم» منهم الثوري، ومسروق، وأبو سليمان، وابن سيرين، وطاوس، والأوزاعي، والإمام النسائي، وابن حبان، وابن الأثير، وأبو عبيد، وغيرهم، وهذا التفسير هو أنَّ المراد بالصفقتين أن يبيع الإنسان شيئاً فيقول: «بعثه لك بنقد كذا، وبنسيئة كذا»^(١).

ويقول الخطابي: «ثم جرى على سنتهم أئمة الحديث واللغة»، ثم ذكر عدداً منهم: «الإمام النسائي، وابن حبان، وابن الأثير»^(٢).

وهذا هو نفسه المراد من البيعتين أو البيعين في بيعة، أو بيع، وكذلك المراد بالشرطين في عقد واحد، كما فسَّرَه الأوزاعي حيث قيل له: فإنَّ ذهب بالسلعة على ذينك الشرطين؟ فقال: هي بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين»^(٣)، وكذلك فسَّرَه النسائي وغيره.

فالملخص: «أنَّ ألفاظ الصفقتين في صفقة واحدة والبيعتين في بيعة واحدة، أو البيعين في بيع واحد، والشرطين في بيع مترادفة بمعنى واحد وإن كانت التعبيرات مختلفة، وهي أن يتضمن العقد الواحد ثمنين لمبيع واحد

(١) سلسلة الأحاديث الصحيحة للشيخ الألباني (٢١/٥).

(٢) معالم السنن (٩٩/٥).

(٣) معالم السنن (٩٩/٥).

ثمن خاص به عند التأجيل، وثمن آخر له عند التعجيل، وهذا هو رأي الجمهور: الذي يظهر رجحانه بوضوح، ولكنه لا مانع من شموله للصورة التي ذكرها الإمام الشافعي وغيره، وهي: أن يقول: هذا العبد بـألف على أن تبيعني دارك بذلك، أي إذا وجب لك عندي وجب لي عندك^(١).

فعلى ضوء ذلك: فالمحرم المنصوص عليه هو تلك الصورة السابقة، وهل يقاس عليها أشباهها؟

لا شك أنَّ الأصل في المعاملات هو أنها معقوله المعاني، ولذلك إذا عرفنا السبب والعلة وراء هذا النهي فإنَّ القياس فيها وارد مستساغ.

* العلة في تحريم وبطلان صفقتين في صفقة واحدة:

قال الشوكاني: «والعلة في تحريم بيعتين في بيعه: عدم استقرار الثمن في صورة بيع الشيء الواحد بثمينين، والتعليق بالشرط المستقبل في صورة بيع هذا على أن يبيع منه ذاك»^(٢).

والتحقيق: أنَّ العلة (السبب) مرتبطة بمعنى الحديث، فإذا فسرنا الحديث بالمعنى الراجح المشهور الذي سار عليه معظم الرواة والعلماء وهو أن يتضمن العقد الواحد بيع شيء بثمينين بأن يقول: بعثك بألفين نسیئة، وبألف نقداً فـأيـهـما شـئـتـ أـخـذـتـ بـهـ، فـعـلـىـ ضـوءـ هـذـاـ التـفـسـيرـ الـرـاجـحـ تكون العلة هي ما ذكره الشوكاني وغيره من عدم استقرار الثمن، ولزوم الربا.

وأما على المعنى الثاني: وهو أن يقول: «بعثك داري على أن تبيعني فرسك...»، فـتـكـونـ العـلـةـ هيـ التعـلـيقـ بـشـرـطـ مـسـتـقـبـلـ يـحـتـمـلـ وـقـوـعـهـ وـعـدـمـ وـقـوـعـهـ فـلـمـ يـسـتـقـرـ الـمـلـكـ.

(١) معالم السنن (٥/٩٩).

(٢) نيل الأوطار (٦/٢٨٨)، وسبل السلام (٣/٨٠٩).

فعلى ضوء ذلك: فكل بيع، أو عقد يكون فيه الشمن على احتمال وخطر التحقيق وعدمه لا يجوز.

فيتحقق به كل عقد يتعدد بين شيئاً كثمين، أو سلعتين في البيع، أو أجرتين، أو فساد مستأجرين، أو نحو ذلك.

ويمكنا القول: بأنَّ العلة في ذلك تتلخص في الغرر والجهالة.

* الحكم الثاني: حرمة بطلان – أو فساد – اجتماع سلف وبيع في عقد واحد.

وإذا كان المراد به هو نفس المعنى الذي فسر به اجتماع صفتين في صفقة واحدة فإنَّ الأمر واضح، أما إذا كان المراد به أن يجتمع في العقد الواحد القرض مع البيع فإنَّ العلة في ذلك هو الخوف من الربا، حيث يحابي في ثمن المبيع لأجل القرض، وحيث تؤكَّد هذا المعنى بالقاعدة الفقهية القائمة على الأثر، وهي «أنَّ كل قرض جرًّا منفعة مشروطة فهو ربا»^(١).

ما يلحق به: يلحق بهذا كل عقد يجمع بين قرض، ومساعدة، كإجارة ونحوها. وكذلك يلحق بالقرض كل تبرع مع معاوضة.

وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢): أنَّ بعض العلماء احتالوا في الجمع بين الإجارة والمحاباة في المسافة، حيث قال: «إنَّ الكوفيين احتالوا على الجواز: تارة بأن يؤجر الأرض فقط، ويبيعه ثمر الشجر...، وتارة بأن يكريه الأرض بجميع الأجرة، ويساقيه على الشجر بالمحاباة مثل أن يساقيه على جزء من ألف جزء من الثمرة للملك... فقد اضطروا في هذه المعاملة إلى أن تسمى الأجرة في مقابلة منفعة الأرض، ويترَّجع له إما بإعفاء

(١) انظر لما يدل على ذلك: صحيح البخاري مع فتح الباري (٢٩/٧).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/٦١ – ٦٢).

الشجر، وإما بالمحاباة في مساقاتها».

يقول شيخ الإسلام تعليقاً على هذه الحيلة مستنداً في إبطالها على حديث الباب فقال: «والمنع من هذه الحيل هو الصحيح قطعاً: لِمَا روى عبد الله بن عمر أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَا يَحْلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ . . .».

فنهى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن أن يجمع بين سلف وبيع، فإذا جمع بين سلف وإجارة فهو جمع بين سلف وبيع أو مثله. وكل تبرع يجمعه إلى البيع والإجارة، مثل: الهبة، والعارية، والعريمة، والمحاباة في المساقاة والمزارعة وغير ذلك: هي مثل القرض.

فيجماع معنى الحديث: أن لا يجمع بين معاوضة وتبريع؛ لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة، لا تبرعاً مطلقاً. فيصير جزءاً من العوض، فإذا اتفقا على أنه ليس بعوض جمعاً بين أمرتين متنافيتين، فإن من أقرض رجلاً ألف درهم، وبادره سلعة تساوي خمسمائة ألف: لم يرض بالقرض إلا الشمن الزائد للسلعة، والمشتري لم يرض ببذل ذلك الشمن الزائد إلا لأجل الألف التي اقترضها. فلا هذا باع بيعاً بـألف، ولا هذا أقرض قرضاً محضاً، بل الحقيقة أنه أعطاه السلعة بـألف والسلعة بـألفين، فهي مسألة «مدعوجة»، فإذا كان المقصود أخذ ألف بأكثر من ألف: حرام بلا تردد، وإنما خرج على الخلاف المعروف. وهكذا من اكتري الأرض التي تساوي مائة ألف وأغراه الشجر، أو رضي من ثمرها بجزء من ألف جزء، فمعلوم بالاضطرار: أنه إنما تبرع بالثمرة لأجل الألف التي أخذها، وإن المستأجر إنما بذل الألف لأجل الثمرة، فالثمرة هي جل المقصود المعقود عليه أو بعضه فليست الحيلة إلا ضرباً من اللعب والإفساد، وإنما المقصود المعقود عليه ظاهر.

والذين لا يحتالون، أو يحتالون وقد ظهر لهم فساد هذه الحيلة، هم

بين أمرين: إما أن يفعلوا ذلك للحاجة، ويعتقدوا أنهم فاعلون للمحرم، كما رأينا عليه أكثر الناس. وإما أن يتركوا ذلك ويتركوا تناول الشمار الداخلة في هذه المعاملة فيدخل عليهمضرر...»^(١).

تفسير فقهاء المذاهب لهذه الأحاديث مع تطبيقاتها الفقهية في نظرهم

أولى الفقهاء عناية كبيرة بهذه المسألة، حتى أفرط بعضهم في توسيع دائرتها فحكم ببطلان كل عقد يتضمن صفتين، أو عقدتين، حتى شرطين، ولم ينظروا إلى مدلول النص وممقاصده وما نزل فيه. في حين ذهب المحققون من العلماء إلى تنزيل هذه النصوص في منازلها دون إفراط ولا تفريط. ونحن نذكر معظم المسائل التي أدخلوها في هذه الأحاديث وهي في حقيقتها غير داخلة فيها.

لذلك سنذكر هنا تفسير فقهاء المذاهب، وبالخصوص المذاهب الأربعة لهذه الأحاديث، ثم ما ذكروه من تطبيقات لها:

أولاً: تفسيرهم لها وموقفهم منها:

(أ) الحنفية: ذكر العلامة المرغيناني عدّة مسائل، فقال:

«ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري، أو يدبره... فالبيع فاسد؛ لأن هذا بيع وشرط، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط... وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً، أو داراً على أن يسكنها، أو على أن يقرضه المشتري درهماً، أو على أن يهدى له هدية؛ لأن شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولأنه — عليه الصلاة والسلام — نهى عن

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/٦٢ - ٦٣).

بيع وسلف ، ولأنه لو كان في الخدمة والسكن يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلها يكون إعارة في بيع ، وقد نهى النبي — عليه الصلاة والسلام — عن صفتين في صفة^(١) .

وقد شرح العلامة ابن الهمام الحنفي هذين الحديثين ، فقال : «ومعنى السلف في البيع : البيع شرط أن يقرضه دراهم ، وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقددين وغير ذلك»^(٢) .

وقال معلقاً على كلام المرغيناني السابق : «فيتناول — أي حديث النهي عن صفتين . . . — الاعتبارين المذكورين . . . وأما معناه ، ففسر المصنف — أي المرغيناني — بما سمعت . وفسر أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل : أبيعك هذا نقداً بكندا ونسية بكندا ويفترقان عليه» . انتهى . ورواية ابن حبان للحديث موقوفاً : «والصفقة في الصفتين ربا» ، تؤيد تفسير المصنف مع أنه أقرب تبادراً من تفسير أبي عبيد ، وأكثر فائدة ، فإن كون الثمن على تقدير النقد ألقاً ، وعلى تقدير النسية ألفين ليس في معنى الربا ، بخلاف اشتراط نحو السكن والخدمة»^(٣) .

أي كل شرط يؤدي إلى اجتماع عقدتين في عقد كبيع وبيع ، أو إجارة ، أو قرض ، أو إعارة ، أو اشتراط سكن الدار المباعة ، أو نحو ذلك .

وشرح العلامة السعدي في فتاويه حديث النهي عن بيع وسلف فقال : «هو أن يقول الرجل : أبيعك هذا الشيء على أن تقرضني كذا ، أو أقرضك كذا» ، وقال في شرح : «بيعتين في بيع واحد ، هو أن يقول : أبيعك هذه

(١) الهدایة مع فتح الکدیر ، وشرح العناية ، ط مصطفی الحلبی (٤٤٦ - ١٤١/٦) .

(٢) فتح الکدیر (٤٤٦/٦ - ٤٤٧) .

(٣) التتف في الفتاوی للسعدي (١/٤٧٠) .

الجارية بهذا درهماً على أن أبيعك هذا الغلام بهذا، أو على أن يبعني عبدك بهذا»، وقال في شرح «شرطين في بيع»: «هو أن يقول: أبيعك هذا الشيء عشرة دراهم إن نقدتني وبخمسة عشر إن أعطيتني في شهر»^(١).

وفرق ابن الهمام بين لفظ: «صفقتين»، ولفظ: «بيعتين»، فقال: ويظهر من كلام بعض من يتكلّم في الحديث ظن أنه معنى الأول، وليس كذلك، بل هذا – أي النهي عن بيعتين في بيعه – أخص منه، فإنه في خصوص من الصفقات، وهو البيع^(٢).

(ب) المالكية: فسروا الصفقتين بالتفسير السابق الذي ذكرناه ورجحناه، وهو العقد الذي يكون متعددًا بين شيئين كثرين، أو سلعتين في البيع، أو أجرتين، أو كدارين في الإجازة، وذلك بشرط الإلزام.

فالعلة على ضوء ما ذكره المالكية هي: الغرر والجهالة الناشئة من التردد، أما اجتماع العقود في عقد واحد دون وجود هذا التردد فجائز من حيث المبدأ، فقد جاء في المدونة: «قلت: أرأيت إن اشتريت عبداً من رجل عشرة دنانير على أن أبيعه عبدي عشرة دنانير؟ قال: قال مالك: ذلك جائز.. ولأنَّ هذا مقاصلة، وإنَّ لا يصلح إذا اشترطا إعطاء الدنانير كل لآخر.

قلت: فلو بعثه عبدي عشرة دنانير على أن يبعني عبده بعشرين ديناراً، قال: قال مالك: لا بأس بذلك، وإنما هو عبد بعد، وزيادة عشرة دنانير»^(٣).

(١) فتح القدير (٤٤٧/٦).

(٢) أستاذنا الدكتور حسن الشاذلي بحثه حول: اجتماع العقود في عقد في الفقه الإسلامي، المقدمة إلى ندوة بيت التمويل الثالثة عام ١٩٩٣ م.

(٣) المدونة (٩/١٢٦ – ١٢٨).

وقال ابن القاسم: «وكذلك لو قال: أبيعك ثوبى هذا بعشرة دنانير على أن تعطيني حماراً إلى أجل صفة كذا وكذا فلا بأس به، إنما وقع التوب بالحمار، والدنانير لغواً فيما بينهما، كما قال أيضاً: إنَّ مالكَ يجيز اجتماع البيع والإجارة في صفة واحدة»^(١).

وأجاز أشهب اجتماع البيع مع الشركة، والصرف، والجعل، والنكاح، والمسافة، والقراض، والإجارة، والكراء^(٢).

أما بخصوص اجتماع البيع والسلف فقد قال ابن رشد: «واختلف أيضاً في البيع والسلف إذا وقع فقيل: يفسخ ما دام مشترط السلف متمسكاً بشرطه، فإن رضي بتركه على مذهب سحنون أو رده على مذهب ابن القاسم – يريد، والله أعلم – قبل أن يغيب عليه غيبة يتتفع فيما به، صحيح البيع – ولم يفسخ، فإن فاتت السلعة، قال ابن حبيب: ولم يقبض السلف، كان فيها الأقل من الثمن أو القيمة – إن كان المشتري هو مشترط السلف أو الأكثر من القيمة، أو الثمن إن كان البائع هو مشترط السلف كالحكم في بيع الثنا سواء. هذا قول ابن القاسم في المدونة، وفي العشرة ليحيى عن ابن القاسم: أنَّ فيها القيمة باللغة ما بلغت كانت أقل من الثمن أو أكثر، وهي ظاهر روايته عنه في السلم والأجل من العتبية، وعلى هذا يفسخ البيع إن شاء المتباعان أو أبياً إذا كانت السلعة قائمة»^(٣).

(ج) الشافعية: ذكر فقهاء الشافعية ضمن البيوع المنهي عنها: بيعتين في بيعه، فقال النووي: «وفيه تأويلان نص عليهما في المختصر:

(١) المدونة (٤٤/١١).

(٢) البهجة شرح التحفة لابن عابدين (٢/٩)، ود. الشاذلي: بحثه السابق (ص ٥٠).

(٣) المقدمات والممهدات، ط دار الغرب الإسلامي (٢/٦٥).

أحدهما: أن يقول: بعثك هذا بألف على أن تباعني دارك بهذا، أو تشتري مني داري بهذا.. وهو باطل.

والثاني: أن يقول: بعتكُهُ بآلف نقداً، أو بآلفين نسبيّة فخذه بأيهما شئت، أو شئت أنا.. وهو باطل.

أما لو قال: بعثك بـألف نقداً، وألفين نسبيّة. أو قال: بعثك نصفه بـألف، ونصفه بـألفين فيصح العقد^(١).

وقال أيضًا: «ومنها: النهي عن بيع وسلف، وهو البيع بشرط القرض . . . فمن الشرط الفاسد إذا باعه بألف بشرط أن يبيعه داره، أو يشتري منه داره، وبشرط أن يقرضه عشرة، فالعقد الأول باطل، فإذا أتيا بالبيع الثاني نظر، إن كانا يعلمان بطلان الأول صحيحاً، وإنْ أَفْلَا، لأنهما يأتيان به على حكم الشرط الفاسد . . . والقياس صحته، وبه قطع الإمام.

وكذلك الأمر في الجمع بين بيع وإجارة حيث فيه قولان، ولو قال: اشتريت هذا الزرع، واستأجرتك على حصادة عشرة، فقال: بعت وأجرت، فطريقان: أحدهما على القولين في الجمع بين مختلفي الحكم، والثاني: تبطل الإجارة، وفي البيع قولان تفريق الصفقة»^(٢).

(د) الحنابلة: حمل الحنابلة حديث النهي عن صفقتين، أو بيعتين في صفقة واحدة، أو بيعة واحدة على اجتماع عقدتين في عقد واحد بعوضين مختلفين، وهذا هو ظاهر المذهب.

ولبيان ذلك نستعرض بإيجاز ما ذكره ابن قدامة حيث ذكر تفسيرين :

أحدهما: ما ذكرناه آنفًا بأن يشترط في العقد عقداً آخر مثل، أن يقول:

(١) روضة الطالبين، ط المكتب الإسلامي (٣٩٧/٣).

الروضة (٣) / (٣٩٩)

بعتك بكتأ على أن تفرضني كذا، أو على أن تباعني دارك، أو على أن آخذ منك الدينار بصرف كذا، أو على أن أؤجرك، أو على أن تؤجرني، أو على أن تزوجني ابنتهك، أو أزوجك، أو نحو ذلك.. فالعقد في هذا كله باطل على الأصح في المذهب.

وأما إذا جمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل القبض، والبيع والنكاح، أو الإجارة نحو أن يقول: بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهماً، أو بعتك هذه الدار وأجررتك الأخرى بـألف، أو باعه سيفاً محلّى بالذهب بفضة، أو زوجتك ابنتي وبعتك عبدها بـألف.. صحيح العقد فيهما، لأنها عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منها منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين كالعبدين، وهذا أحد قولي الشافعي.

وقال أبو الخطاب: في ذلك وجه آخر إنه لا يصح، وهو القول الثاني للشافعي، لأن حكمهما مختلف، فإن المبيع يضمن بمحرّد البيع، والإجارة بخلافه، والأول أصح، وما ذكروه يبطل بما إذا باع شخصاً وسيفاً، فإنه يصح مع اختلاف حكمهما بوجوب الشفعة في أحدهما دون الآخر^(١).

والثاني: هو تفسير الجمهور، أي الجمع بين النقد والنسية لشيء واحد في عقد واحد، قال ابن قدامة: «وقد روي في تفسير بيعتين في بيعه وجه آخر، وهو أن يقول: بعتك هذا العبد بعشرة نقداً، أو بخمسة عشر نسية، أو بعشرة مكسرة، أو تسعه صاححاً، هكذا فسره مالك والثوري وإسحاق، وهو أيضاً باطل وهو قول الجمهور، لأنه لم يجزم له ببيع واحد، فأأشبه ما لو قال بعتك هذا، أو هذا، ولأن الثمن مجهول فلم يصح كالبيع

(١) المعنى (٤/٢٥٩ - ٢٦٠).

بالرقم المجهول، ولأنَّ أحد العوضين غير معين ولا معلوم، فلم يصح، كما لو قال: بعثك أحد عبدي. وقد روي عن طاوس، والحكم، وحمَّاد، أنَّهم قالوا: لا بأس أن يقول: أبيعك بالنقد بكندا، وبالنسبة بكندا، فيذهب على أحدهما. وهذا محمول على أنه جرى بينهما بعدهما يجري في العقد، فكأنَّ المشتري قال: أنا آخذه بالنسبة بكندا، فقال: خذه، أو قد رضيت، ونحو ذلك، فيكون عقداً كافياً . . .

وقد روي عن أحمد فيمن قال: إنَّ خطته اليوم ذلك درهم وإن خطته غالباً ذلك نصف درهم: أنه يصح، فيحتمل أن يلحق به هذا البيع فيخرج وجهاً في الصحة، ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث إنَّ العقد ثمة يمكن أن يصح لكونه جماعة يحتمل فيهما الجهة، بخلاف البيع، ولأنَّ العمل الذي يستحق به الأجرة لا يمكن وقوعه إلا على إحدى الصفتين فتتعين الأجرة المسماة عوضاً له فلا يقضى إلى التنازع، ولهنا بخلافه»^(١).

وذكر ابن قدامة تفسير الحديث، فقال: «ولو باعه بشرط أن يسلمه، أو يقرضه، أو شرط المشتري ذلك فهو محرم، والبيع باطل . . . ، لما روى عبد الله بن عمر أنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف . . . ، وفي لفظ: «لا يحل بيع وسلف، لأنَّه اشترط عقداً في عقد فسد كييعتين في بيعة، ولأنَّه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض وربحاً له، وذلك ربا محرم فسد؛ كما لو صرخ به»^(٢).

ثانياً: التطبيقات التي ذكرها فقهاء المذاهب:

عند النظر في الكتب الفقهية نجد أنَّ الفقهاء نظروا إلى هذه المسألة من

زاويتين:

(١) المغني (٤/٢٥٨).

(٢) المغني (٤/٢٦٠).

* الزاوية الأولى: اقتران الشروط بالعقود، حيث أدخل معظم الفقهاء مسألة الشروط في أحاديث النهي عن الصفقتين، والشرطين، والبيعين في بيع واحد سواء كان هذا الشرط يتضمن عقداً، أو نحو ذلك.

* الزاوية الثانية: أن يتضمن العقد الواحد عقدتين مطلقاً سواء كان عن طريق التعليق والشرط أم لم يكن كذلك.

ومن خلال التوسيع في هاتين الزاويتين يكون التضييق على العقود.

هذا من جانب، ومن جانب آخر أنَّ التوسيع في هذا الباب وجعل المعنى الواسع لهذه الأحاديث أصلًا أدى إلى أن يقول جماعة من الفقهاء: إنَّ الأصل في الشروط هو الحظر، في حين لو حفظوا في معنى الحديث ووصلوا إلى المعنى الراجح الذي ذكره رواة الحديث لما كان هذا التوسيع في الحظر ولا التضييق في نطاق العقود، ولا الوصول إلى أنَّ الأصل في الشروط الحظر.

وتطبيقاً لهذا النهج خاض بعض الفقهاء في الحرفة والظاهرية أكثر فمنعوا وجود شرطين في عقد واحد مهما كانت طبيعة الشرط، ومنعوا وجود عقدتين في صفقة واحدة، كما أنَّ بعضهم منعوا حتى وجود شرط في العقد إلا ما دلَّ الدليل عليه، وبعضهم قالوا: إنَّ العقد يبطل بوجود شرطين فاسدين، ولكنه لا يبطل بوجود شرط فاسد، مع أنَّ الحديث ليس فيه أي دليل على تقييد الشرطين بكونهما فاسدين، وأيضاً فإذا كانت الشروط صحيحة فما الفرق بين شرط واحد، أو شرطين، وكذلك إذا كانت فاسدة فما الفرق بين الأمرين؟^(١).

ولا يسع البحث الخوض في مزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع.

(١) المراجع السابقة، وببحث د. الشاذلي السابق الإشارة إليه (ص ٥٤) وما بعدها.

البيع بالتقسيط ومدى علاقته بهذه الأحاديث :

ذهب الشيخ محمد ناصر الدين الألباني : إلى أنَّ البيع بالتقسيط يدخل في مضمون هذه الأحاديث ، فقال : « وهو ينطبق تماماً على المعروف اليوم ببيع التقسيط » ، ورأى أنه لا يجوز البيع بالتقسيط ما دام الثمن المؤجل أكثر من الثمن المعجل ، لكنه لو وقع ودفع أقل السعرين جاز^(١) .

* وحجته في ذلك : أنَّ هذه الحالة تدخل في مدلول حديث النهي عن البيعتين في بيعه واحدة ، وأنه حيلة إلى الربا .

* للجواب عن ذلك نقول :

أولاً : إنَّ ما يجري اليوم هو ليس من باب صفتين في صفة واحدة ، أو البيعتين في بيعه واحدة ، لأنَّ المشتري أساساً يقدم على الشراء بالتقسيط ، فلا يذكر في العقد ثمن المبيع المعجل إذا كان مؤجلاً ، لأنَّه لو كان عنده الثمن العاجل لما أقدم على ذلك أبداً ، ومن هنا فيكون الثمن واحداً ، والصفقة واحدة ، وليس صفتين ، ثم إنَّ تفسير الرواة ، ومنهم ابن مسعود ، وسماك لا ينطبق على البيع بالتقسيط في وقتنا الحاضر ، لأنَّ تفسيرهم يدل على أنَّ المنهي عنه وجود بيعتين في بيعه واحدة .

في حين أنَّ البيع بالتقسيط الآن بيت فيه الثمن الواحد .

ثانياً : ومن جانب آخر أنَّ الحديث فسرَ تفسيراً آخر رجحه ابن تيمية وابن القيم بأنَّ الحديث في بيع العينة – كما سيأتي شرحه .

ثالثاً : وأما أنَّ هذه العملية يقصد بها الوصول إلى الربا عن طريق الحيلة فقد ردَّ على ذلك فضيلة الشيخ القرضاوي حيث قال : « إنَّ هذا الكلام ليس صحيحاً في تصوير الواقع فالصرف يشتري حقيقة ، ولكنه يشتري لبيع

(١) يراجع : سلسلة الأحاديث الصحيحة (٥ / ٤٢٢ - ٤٢٧) .

غيره، كما يفعل أي تاجر، وليس من ضرورة الشراء الحلال أن يشتري المرء للانتفاع، أو القنية، أو الاستهلاك الشخصي، والعميل الذي طلب من المصرف الإسلامي أن يشتري له السلعة يريد شراءها حقيقة، ولا صورة^(١).

رابعاً: ثُمَّ إِنَّ وَجُودَ شَبَهٍ بِالرِّبَا مِنْ حِيثِ الصُّورَةِ مَعَ فَرْضِ التَّسْلِيمِ بِهِ لَا يَدْلِي عَلَى التَّحْرِيمِ مَا دَامَتِ الْحَقِيقَةُ مُخْتَلِفَةً، وَذَلِكَ لِأَنَّ الرِّبَا إِنَّمَا يَجْرِي بَيْنِ جِنْسَيْنِ مُتَمَاثِلَيْنِ كَالنَّقْدِ بِزِيَادَةِ لِأَجْلِ الْأَجْلِ، أَوِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ بِزِيَادَةِ، لِأَجْلِ الْأَجْلِ، أَوِ نَحْوِ ذَلِكَ، فِي حِينِ أَنَّ الْبَيْعَ بِالْتَّقْسِيْطِ لَا يَنْطَبِقُ عَلَيْهِ هَذَا الْمَعْنَى أَبْدًا، وَقَدْ أَشَارَ الْقَرَآنُ الْكَرِيمُ إِلَى هَذَا التَّخْيِيلِ، فَقَالَ تَعَالَى: ﴿ذَلِكَ يَأْنَهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ يَشْبُهُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الرِّبَا﴾^(٢).

خامسًا: ثُمَّ إِنَّ الْأَئْمَةَ الْأَرْبَعَةَ وَجَمْهُورُ الْفَقَهَاءِ وَالْمُحَدِّثَيْنَ أَجَازُوا الْبَيْعَ الْمُؤْجَلَ بِأَكْثَرِ مِنْ سَعْرِ النَّقْدِ بِشَرْطِ أَنْ يَبْتَدِئَ الْعَاقِدَانِ بِأَنَّهُ بَيْعٌ مُؤْجَلٌ بِأَجْلٍ مَعْلُومٍ، وَبِشَمْنٍ مُتَفَقٍ عَلَيْهِ عِنْدِ الْعَدْدِ^(٣).

وَقَدْ أَجَابَ ابْنُ تِيمِيَّةَ عَنْ سُؤَالٍ قَرِيبٍ مِنْ مَوْضِيْعِنَا بِالْجُوازِ^(٤).

(١) وقد أفضى في الدفاع عن ذلك في كتابه *القيم*: بيع المربحة للأمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، ط دار القلم بالكويت (ص ٤١ – ٤٣).

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٣) المبسوط للسرخسي (٨/١٣)، وحاشية ابن عابدين (٥/١٤٢)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٨٥)، ومغني المحتاج للشريبي (٢/٣١)، والمغني لابن قدامة (٤/١٧٧)، والشيخ تقى الدين العثماني بحثه: أحكام بيع التقسيط المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بدورته السابقة بجدة.

(٤) حيث سُئلَ عن رجل اشتري فرسه بـ ١٨٠ درهماً، فطلب منه آخر أن يبيعه بثلاثمائة درهم، فهل يحل ذلك؟ فأجاب: «الحمد لله، إن كان الذي يشتريه ليتسع به، أو يتجر به فلا بأس في بيعه إلى أجل».

سادساً: إنَّ تأجِيل الدِّين مُشروعٌ من حيث المبدأ، يدلُّ عليه قوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا أَنَّذِيرَكُمْ إِذَا تَدَأِيَتُمْ بِدِينِ إِلَهٍ أَجَلٍ مُّسَمٍ فَأَنْتُمْ تُنْهَاةٌ﴾^(١). وكذلك السُّنَّة البوية المشرفة حيث روى البخاري ومسلم بسندِهما أنَّ النبي ﷺ أشتري طعاماً وأجَلَ الثمن^(٢). كما أنَّ ذلك جرى به العرف من قديم الزمان، وإذا ثبت جواز تأجِيل الثمن ثبت جواز تقسيطه^(٣).

* * *

الخلاصة مع الترجيح

والذِّي يُظَهِرُ لَنَا رَجْحَانَهُ هُوَ أَنَّ الْمَرَادَ بِالنَّهِيِّ عَنْ صَفَقَتَيْنِ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ، وَعَنِ الْبَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعٍ، أَوْ بَيْعٍ وَاحِدٍ، أَوْ بَيْعَةٍ وَاحِدَةٍ، وَعَنِ الشَّرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ، هُوَ مَعْنَى وَاحِدٍ يَتَمَثَّلُ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ يَتَضَمَّنُ أَمْرَيْنِ بِأَنْ يَقُولُ: بِعْتَكَ هَذِهِ الْبَضَاعَةِ نَقْدًا بِكَذَا، وَنَسِيَّةَ بِكَذَا، أَمَّا إِذَا فَصَلَتِ الصَّفَقَتَانِ، بِأَنْ وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى النَّقْدِ فَقْطًا، أَوْ عَلَى النَّسِيَّةِ فَقْطًا صَحُّ الْعَقْدِ.

هذا هو المَعْنَى الراجح الظَّاهِرُ، وَلَكِنَّهُ يَوْجَدُ لِهَذِهِ الْأَحَادِيثِ مَعْنَى صَحِيحٍ أَخْرَى أَشَارَ إِلَيْهِ أَبْنُ تَيْمَةَ، وَأَصْلَهُ أَبْنُ الْقَيْمَ، وَهُوَ أَنَّ هَذِهِ الْأَحَادِيثَ فِي بَيْعِ الْعِيْنَةِ، وَالْتَّوْرُقِ.

قال أَبْنُ تَيْمَةَ: «فَمَتَى كَانَ مَقْصُودُ الْمُتَعَالِمِ دِرَاهِمَ بِدِرَاهِمٍ إِلَى أَجَلٍ – فَإِنَّمَا الْأَعْمَالَ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرَىءٍ مَا نَوَى – فَسَوَاءٌ بَاعَ الْمَعْطَى أَجَلَ، أَوْ بَاعَ الْأَجَلَ الْمَعْطَى، ثُمَّ اسْتَعْدَدَ السَّلْعَةِ».

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٢) صحيح البخاري – مع الفتح (٥٣/٥)، ومسلم (١٢٢٦/٣).

(٣) يراجع: د. محمد رضا عبد الجبار العاني: تقسيط الدين في الفقه الإسلامي بحثه المقدم إلى مجمع الفقه السابق الإشارة إليه، و د. إبراهيم فاضل الدبو، بحثه: البيع بالتقسيط المقدم إلى المجمع السابق.

وفي السنن عن النبي ﷺ أنه قال: «من باع بيعتين في بيعة، فله أو كسهما أو الربا»، وفيه أيضاً عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا تباعتم بالعينة، واتباعتم أذناب البقر، وتركتم الجهاد في سبيل الله، أرسل الله عليكم ذللاً لا يرفعه عنكم حتى ترجعوا إلى دينكم»، وهذا كله في بيع العينة، وهو بيعتان في بيعة.

وقال ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»، قال الترمذى: حديث صحيح. فحرم النبي ﷺ، أن يبيع الرجل شيئاً ويفرضه مع ذلك، فإنه يحابيه في البيع لأجل القرض، حتى ينفعه، فهو ربا.

وهذه الأحاديث وغيرها تبيّن أنَّ ما تواطأ عليه الرجال، بما يقصدان به دراهم بدرأهم أكثر منهما إلى أجل فإنه ربا، سواء كان يبيع ثم يبتاع، أو يبيع ويفرض، وما أشبه ذلك»^(١).

ويقول ابن القيم: هذا الحديث أصل من أصول المعاملات وهو نص في تحريم الحيل الربوية، وقد اشتمل على أربعة أحكام:

الحكم الأول: تحريم الشرطين في البيع، وقد أشكل على أكثر الفقهاء معناه من حيث إنَّ الشرطين إنْ كانا فاسدين فالواحد حرام، فأي فائدة لذكر الشرطين، وإنْ كانا صحيحين لم يحرما... وقال القاضي في المجرد: ظاهر كلام أحمد، أنه متى شرط في العقددين شرطين بطل سواء كانا صحيحين أو فاسدين... أخذنا بظاهر الحديث... وأما أصحاب الشافعى وأبى حنيفة فلم يفرقوا بين الشرط والشرطين، وقالوا: يبطل البيع بالشرط الواحد... وأما الشروط الصحيحة فلا تؤثِّر في العقد وإنْ كثرت»^(٢).

(١) فتاوى ابن تيمية (٤٣٢/٢٩).

(٢) عون المعبود شرح سنن أبي داود لابن قييم الجوزية (٤٠٧/٩).

ثم قال ابن القيم: «وكل هذه الأقوال بعيدة عن مقصود الحديث غير مراده منه».

* فأما القول الأول: وهو أن يشترط حمل الحطب وتكسيره، وخياطة الثوب وقصارته ونحو ذلك: فبعيد، فإن اشتراط منفعة البائع في البيع إن كان فاسداً فسد الشرط والشيطان. وإن كان صحيحاً فأي فرق بين منفعة أو منفعتين أو منافع، لا سيما والمصححون لهذا الشرط قالوا: هو عقد قد جمع بيعاً وإجارة، وهم معلومان لم يتضمنا غرراً. فكانا صحيحين. وإن كان كذلك فما الموجب لفساد الإجارة على منفعتين وصحتها على منفعة؟ وأي فرق بين أن يشترط على بائع الحطب حمله، أو حمله ونقله، أو حمله وتكسيره.

* وأما التفسير الثاني: وهو الشيطان الفاسدان: فأضعف وأضعف، لأن الشرط الواحد الفاسد منهي عنه. فلا فائدة في التقييد بشرطين في بيع، وهو يتضمن زيادة في اللفظ، وإيماناً لجواز الواحد. وهذا ممتنع على الشارع مثله لأنه زيادة مخلة بالمعنى.

* وأما التفسير الثالث: وهو أن يشترط أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن، وأن ذلك يتضمن شرطين: أن لا يبيعها لغيره وأن يبيعه إليها بالثمن فكذلك، وأيضاً فإن كل واحد منهما إن كان فاسداً فلا أثر للشرطين، وإن كان صحيحاً لم يفسد بانضمامه إلى صحيح مثله، كاشتراط الرهن والضمين واشتراط التأجيل والرهن ونحو ذلك.

وعن أحمد في هذه المسألة ثلاثة روايات:

إحداهن: صحة البيع والشرط.

والثانية: فسادهما.

والثالثة: صحة البيع وفساد الشرط.

وهو — رضي الله عنه — إنما اعتمد في الصحة على اتفاق عمر، وابن مسعود على ذلك، ولو كان هذا هو الشرطان في البيع لم يخالفه لقول أحد، على قاعدة مذهبـهـ، فإنه إذا كان عنده في المسألة حديث صحيح لم يتركه لقول أحد، ويعجب من يخالفه من صحـابـ أو غيرـهـ.

وقولـهـ في رواية المروـزيـ: هو في معنى حـدـيـثـ النـبـيـ ﷺـ: «لا شـرـطـانـ فيـ بـيـعـ» ليس تـفـسـيرـاـ منهـ صـرـيـحاـ، بل تـشـيـيـهـ وـقـيـاسـ علىـ معـنىـ الـحـدـيـثـ، ولوـ قـدـرـ أـنـهـ تـفـسـيرـ فـلـيـسـ بـمـطـابـقـ لـمـقـصـودـ الـحـدـيـثـ، كـمـاـ تـقـدـمـ.

وـأـمـاـ تـفـسـيرـ القـاضـيـ فـيـ الـمـجـرـدـ، فـمـنـ أـبـعـدـ ماـ قـبـلـ فـيـ الـحـدـيـثـ وـأـفـسـدـهـ، فـإـنـ شـرـطـ ماـ يـقـضـيـهـ الـعـقـدـ، أـوـ ماـ هـوـ مـنـ مـصـلـحـتـهـ، كـالـرـهـنـ وـالـتـأـجـيلـ وـالـضـمـينـ وـنـقـدـ كـذـاـ: جـائـزـ، بـلـ خـلـافـ، تـعـدـدـتـ الشـرـوـطـ أـوـ اـتـّـحدـتـ.

فـإـذـاـ تـبـيـنـ ضـعـفـ هـذـهـ أـقـوـالـ: فـالـأـولـىـ تـفـسـيرـ كـلـامـ النـبـيـ ﷺـ بـعـضـهـ بـعـضـ. فـنـفـسـرـ كـلـامـهـ بـكـلـامـهـ. فـنـقـولـ:

نظـيرـ هـذـاـ نـهـيـهـ ﷺـ عـنـ صـفـقـتـيـنـ فـيـ صـفـقـةـ، وـعـنـ بـيـعـتـيـنـ فـيـ بـيـعـةـ. فـرـوـىـ سـمـاـكـ عـنـ عـبـدـ الرـحـمـنـ بـنـ عـبـدـ اللهـ بـنـ مـسـعـودـ، عـنـ أـبـيـهـ قـالـ: «نـهـيـهـ رـسـوـلـ اللهـ ﷺـ عـنـ صـفـقـتـيـنـ فـيـ صـفـقـةـ»ـ.

وـفـيـ السـنـنـ عـنـ أـبـيـ هـرـيـرـةـ عـنـ النـبـيـ ﷺـ: «مـنـ بـاعـ بـيـعـتـيـنـ فـيـ بـيـعـةـ فـلـهـ أـوـ كـسـهـمـاـ، أـوـ الـرـبـاـ»ـ.

وـقـدـ فـسـرـتـ الـبـيـعـتـانـ فـيـ الـبـيـعـةـ: بـأـنـ يـقـولـ: «أـبـيـعـكـ بـعـشـرـةـ نـقـدـاـ، أـوـ بـعـشـرـينـ نـسـيـةـ»ـ، هـذـاـ بـعـيـدـ مـنـ مـعـنىـ الـحـدـيـثـ مـنـ وـجـهـيـنـ: أـحـدـهـمـاـ: أـنـ لـاـ يـدـخـلـ الـرـبـاـ فـيـ هـذـاـ الـعـقـدـ.

الـثـانـيـ: أـنـ هـذـاـ لـيـسـ بـصـفـقـتـيـنـ، إـنـمـاـ هـوـ صـفـقـةـ وـاحـدـةـ بـأـحـدـ الـثـمـنـيـنـ،

وقد ردَّه بين الأولين أو الربا. ومعلوم أنَّه إذا أخذ بالثمن الأزيد في هذا العقد لم يكن ربا، فليس هذا بمعنى الحديث.

وفسرَ: بأنَّ يقول: «خذ هذه السلعة بعشرة نقداً وآخذها منك بعشرين نسيئة، وهي مسألة العينة بعينها، وهذا هو المعنى المطابق للحديث، فإنه إذا كان مقصوده الدرهم العاجلة بالآجلة فهو لا يستحق إلَّا رأس ماله؛ وهو أوكس الثمينين، فإنَّ أخذه أخذ أوكسهما، وإنَّ أخذ الثمن الأكثَر فقد أخذ الربا، فلا محيد له عن أوكس الثمينين أو الربا. ولا يحتمل الحديث غير هذا المعنى، وهذا هو بعينه الشرطان في بيع فإنَّ الشرط يطلق على العقد نفسه؛ لأنَّهما تشارطاً على الوفاء به فهو مشروط، والشرط يطلق على المشروط كثيراً، كالضرب يطلق على المضروب، والخلق على المخلوق، والنسخ على المنسوخ، فالشرطان كالصفقتين سواء. فشرطان في بيع كصفقتين في صفقة».

وإذا أردت أنَّ يَضَعَ لك هذا المعنى فتأمَّل نهيه عَنِ الْبَيْعِ في حديث ابن عمر عن بيعتين في بيع، وعن سلف وبيع. رواه أَحْمَد.

ونهيه في هذا الحديث عن شرطتين في بيع وعن سلف في بيع، فجمع السلف والبيع مع الشرطين في البيع، ومع البيعتين في بيع.

وسرَّ ذلك: أنَّ كِلاً الأمرين يَؤُولُ إلى الربا وهو ذريعةٌ إليه.

أما البيعتان في بيع: فظاهر، فإنه إذا باعه السلعة إلى شهر ثم اشتراها منه بما شرط له، كان قد باع بما شرط له بعشرة نسيئة، ولهذا المعنى حرم الله ورسوله العينة.

وأما السلف والبيع: فلأنَّه إذا أقرضه مائة إلى سنة، ثم باعه ما يساوي خمسين بمائَةٍ: فقد جعل هذا البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي موجبه رد المثل، ولو لا هذا البيع لما أقرضه ولو لا عقد القرض لما اشتري ذلك.

فظهر سرّ قوله عليه السلام: «لا يحلّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع»، وقول ابن عمر: «نهى عن بيعتين في بيعه وعن سلف وبيع»، واقتراض إحدى الجملتين بالأخرى لما كانا سلماً إلى الربا»^(١).

و كذلك نرى أنَّ الراجح في معنى «النهي عن بيع و سلف»: هو أن يتضمن العقد بيعاً و قرضاً لأنَّ يقول: أشتري منك هذه الدار بعدها على أن تقرضني كذا، أو أشتريها منك وتقرضني كذا. وهو تفسير يختلف عن الصفتين في صفة واحدة؛ لأنَّهما على بيع واحد، بينما مسألة البيع والسلف تتضمن أمرين مختلفين هما: البيع الوارد على شيء، و مبلغ القرض.

ويلحق بالبيع كل المعاوضات المالية كالإجارة والمضاربة ونحوهما.



(١) شرح ابن القيم على سنن أبي داود بهامش عون المعبود (٤٠٥ - ٤٠٧).

رُفْعَ

جِبْلُ الْأَرْعَابِ الْجَنَّى
الْأَسْكَنُ لِلَّهِ الْفَزُورُ كَرَسٌ

الحقوق المعنوية

وتطبيقاتها المعاصرة والتصرُّف فيها و Zakatها

(دراسة فقهية تأصيلية)

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه إلى يوم الدين .

وبعد :

فقد اتسم عصرنا الحاضر بالتقدُّم في كل الجوانب الصناعية والاقتصادية والعسكرية ، وكذلك بالتقدُّم والتطوير في الحقوق والملكية والمعاملات بشكل كبير ، فظهرت بفضل التقدُّم التقني والتكنولوجي بعد فضل الله أنواع كثيرة من الحقوق لم تكن موجودة في السابق ، وذلك مثل حقوق الابتكار ، والاسم التجاري والصناعي ونحوها .

وبما أنَّ الشريعة الإسلامية شاملة لبيان حكم أي نشاط إنساني ، فإنَّ من الواجب على أهل العلم البحث الحيث ، وبذل الجهد واستفراغه للوصول إلى الحكم الشرعي لهذه التوازن الجديدة بكل دقة عن طريق الاجتهاد الفردي والاجتهاد الجماعي ، ولذلك اخترت هذا الموضوع ليكون مجال بحثي ودراسي ، وما يثور حوله من مناقشات ، وذلك بالبحث عن ماهية هذه الحقوق المعنوية وتأصيلها الشرعي ، وما يجوز ويصح من إجراء التصرُّفات عليها ، ثم بعد ذلك مدى وجوب الزكاة فيها .

والله أسأل أن يوفقني لتحقيق الهدف الذي كلفت به وأن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم، ويعصمنا من الخطأ والزلل في القول والعقيدة والعمل، إنه مولاي فنعم المولى ونعم النصير.

* * *

التعريف بالحقوق المعنوية

الحق لغةً: بمعنى الثابت، والصحيح، والجدير، والصدق، ونقىض الباطل، وهو اسم من أسماء الله تعالى، أي الثابت بلا شك، ويطلق على النصيب الواجب للفرد، أو الجماعة. وجمعه حقوق، وحقاق. وحقوق الله تعالى ما يجب علينا نحوه من عبادته وتوحيده وطاعته، وحقوق الدار مرفقها^(١).

وفي الاصطلاح: نجد أنَّ علماء الأصول^(٢) أطلقوا الحقوق على حقوق الله تعالى وحقوق العباد، وقسموها إلى أربعة أقسام، وهي:

١ - حقوق الله الخالصة، وقد عرفها بعض الأصوليين^(٣) بأنه متعلق أمره ونفيه وهو عبادته، قال تعالى: ﴿وَمَا حَلَقْتُ لِلْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا يَعْبُدُونَ﴾^(٤)، فيكون كل تكليف شرعي حق الله تعالى، ولكن حق الله تعالى بمعناها العام يدخل فيه حق الأمة وصالحها العام، قال الشاطبي: «إنَّ كل

(١) يراجع لتفصيل ذلك: لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط، والمصباح المنير - مادة «حق».

(٢) يراجع لتفصيل ذلك: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (١٣٩/٢)، وكشف الأسرار للبيزدي (١٣٤/٤)، ويراجع: د. عبد السلام العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ط الأقصى بالأردن (٩٢/١).

(٣) المواقف للشاطبي، ط المدنى، القاهرة (٣١٦/٢).

(٤) سورة الداريات: الآية ٥٦.

حكم شرعي فقيه حق للعباد إما عاجلاً وإما آجلاً بناء على أنَّ الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد»^(١).

٢ — حقوق العباد الخالصة، مثل الحقوق المالية.

٣ — ما اجتمع فيه الحقان، وكان حق الله هو الغالب كحد القدر عند الحنفية. وأما عند جمهور الشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف من الحنفية، فإنَّ حق العبد منه هو الغالب.

٤ — ما اجتمع فيه الحقان، وحق العبد هو الغالب كالقصاص من القاتل العمد^(٢).

ولكن الشاطبي حصر الحقوق في ثلاثة أقسام نافياً القسم الثاني السابق حيث لا يرى وجود ما يسمى بحق العبد الخالص؛ لأنَّ كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى^(٣)، وأنه لا يوجد في نظره خلوص الحق الفردي، وبذلك يتأكد فيه المعنى الاجتماعي^(٤).

وقسم ابن تيمية الحقوق إلى قسمين:

أحدهما: الحدود والحقوق التي ليست لقوم معينين، بل منفعتها لعامة المسلمين، وكلهم محتاجون إليها، وتسمى حدود الله، وحقوق الله، وذلك مثل حد قطع الطريق، والسرقة، والزنا، ونحوها، ومثل الحكم في الأموال السلطانية، والوقف والوصايا التي ليست لمعين.

(١) المواقف للشاطبي، المصدر السابق (٣١٦/٢)، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط الرسالة ١٩٧٧م، للدكتور محمد فتحي الدريري.

(٢) المصادر السابقة نفسها.

(٣) المواقف للشاطبي (٢١٨/٣).

(٤) المصادر السابقة.

ثانيهما : الحدود والحقوق التي تقرّرت لشخص معين^(١) .

وقد رتب الفقهاء آثاراً كثيرة على هذه الأقسام السابقة ، وبالأخص على حق الله ، وحق العبد ، حيث إنَّ حقوق الله تعالى لا تقبل الإسقاط ، ولا تورث ، ويدخل فيها الحسبة والملحقة ، وأنَّ منافعها تعود إلى عامة المسلمين ، ونحو ذلك^(٢) .

وقد عرَّف «القاضي حسين» الحقَّ بأنَّه : «الاختصاص مظهر فيما يقصد له شرعاً»^(٣) .

والحق في عرف الفقهاء له مدلول واسع حيث يطلق على الحقوق الخلقية مثل حق المسلم ، وحق الجار ، وحق الصاحب . وعلى الحقوق المالية ، ويطلق كذلك على ما يقابل الأعيان والمنافع المملوكة كحق الشفعة ، وحق الحضانة ، والولاية وغير ذلك ، ولذلك عرَّفه الأستاذ أبو سنة بأنه : «ما ثبت في الشرع لِلإِنْسَانِ ، أَوْ لِلَّهِ تَعَالَى عَلَى الْغَيْرِ»^(٤) ، وهو بهذا المعنى يشمل ملك العين ، والمنفعة ، والحقوق الفكرية والفطرية ، وغير ذلك .

في حين أنَّ الأستاذ الزرقا «قد جعل الاختصاص قوام الحق وحقيقةه ، ولذلك عرَّفه بأنه اختصاص يقرر به الشرع سلطة ، أو تكليفاً» ، وبذلك تخرج الإباحات العامة كالاصطياد والاحتطاب ، ولا تشمل الأعيان المملوكة ؛ لأنها أشياء مادية وليس لها اختصاصاً فيه سلطة ، أو تكليف ، وذلك لأنها متعلقة الحق الخاص وليس هي عين الحق الخاص ، ودعم رأيه بأنَّ الفقهاء يطلقون

(١) السياسة الشرعية ، ط دار الشعب بالقاهرة (ص ٧٨) .

(٢) يراجع : المواقف للشاطبي (٣٧٧٦/٢) ، وتيسير التحرير (١٨/٢) ، والفروق للقرافي ، ط دار المعرفة ، بيروت (١٤١/١ ، ٢٧٦/٣) .

(٣) طريقة الخلاف مخطوطة ورقة ١٥٠ نقلًا عن الملكية للدكتور العبادي (٩٦/١) .

(٤) النظريات العامة للأستاذ أحمد فهمي أبو سنة ص ١٥٠ .

الحقوق في مقابلة الأعيان^(١).

وقد ثار الخلاف بين القانونيين في تعريف الحق على أربعة مذاهب منها تعريف الدكتور السنهوري بأنه: «مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للغير»^(٢)، وعرفه الآخرون بأنه: «استئثار شخص بمزية يقررها القانون له، ويحولها بمحاجتها أن يتصرف في قيمة معينة باعتبارها مملوكة، أو مستحقة له»^(٣).

ثم إن الحقوق المالية تنقسم عند بعض القانونيين إلى ثلاثة أقسام:
الحق العيني، وهو سلطة لشخص تنصب على شيء مادي كحق الملكية.
٢ - الحق الشخصي (أو الالتزام)، وهو حق يتمثل في رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاهما يقوم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء مالي معين كحق المستأجر قبل المؤجر الذي يتلزم بالتمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة.

٣ - الحق المعنوي وهو سلطة لشخص على شيء غير مادي كالأفكار والمخترعات، ولم تنظم معظم التشريعات هذا النوع^(٤).
المعنى: نسبة إلى المعنى، وهو لغة: ما يدل عليه اللفظ وجمعه

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام (ص ١١ - ١٤)، ويراجع: د. محمد فتحي الدرني: المرجع السابق.

(٢) الوسيط، ط النهضة العربية بالقاهرة (١٠٣/١).

(٣) يراجع للمزيد: د. العبادي: الملكية (١٠١/١ - ١٠٥)، ود. فتحي الدرني: الحق ومدى سلطان الدولة (ص ٦١).

(٤) الوسيط للسنهوري (١٠٣/١)، ود. الصدة: حق الملكية (ص ٤) وما بعدها، ويراجع: د. عجیل النشمي: بحثه عن الحقوق المعنوية، في مجلة المجمع، العدد الخامس (٣/٢٢٩٨، ٢٢٨٣).

معان، والمعاني: ما للإنسان من الصفات المحمودة، والمعنوي خلاف المادي، وخلاف الذاتي (محدثان)^(١)، وهذا المعنى الأخير هو المقصود، فالحقوق المعنوية يعني: الحقوق غير المادية.

التعريف بالحقوق المعنوية في الاصطلاح

الحقوق المعنوية هي مصطلح واسع يسع معناها جميع الحقوق غير المادية، فيدخل فيها الحقوق الفكرية كحق التأليف والصناعة.

فقد عرَّف القانونيون الحق المعنوي بأنه سلطة لشخص على شيء غير مادي هو ثمرة فكره، أو خياله، أو نشاطه، كحق المخترع في مخترعاته، وحق التاجر في الاسم التجاري، والعلامة التجارية، وثقة العملاء^(٢)، وقد يعبرون عنها، أو عن بعضها بالحقوق الذهنية، والحقوق الأدبية، والحقوق الفكرية، وحقوق الابتكار، والملكية الأدبية والفنية والصناعية والاسم التجاري، وحق الاختراع وحقوق التأليف.

والحق المعنوي هو ثالث أنواع الحقوق لديهم بعد الحق العيني الذي يتعلَّق بشيء معين يمكن أن يؤخذ دون الحاجة إلى وساطة أحد، والحق الشخصي الذي يعطيه الحق في المطالبة دون أن يباشره إلاً بواسطة المدين^(٣).

(١) المعجم الوسيط، ولسان العرب، والقاموس: مادة «عنى».

(٢) الملكية في قوانين البلاد العربية، للدكتور عبد المنعم الصدة (٩/١)، والملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام العبادي (١٩٦/١).

(٣) هذا التقسيم الثلاثي عند أكثر القانونيين، ولكن بعضهم يجعله ثنائياً ويعتبر الحق المعنوي داخلاً في الحقوق العينية، وعلى ضوء الرأي الأول لا بد أن يكون محل الحق مادياً، وأما على ضوء الرأي الثاني فلا يشترط ذلك، فلذلك تدخل في الحقوق العينية، فالقانونيون متفقون على اعتبار الحقوق المعنوية من الحقوق =

وعندما ظهرت الحقوق المعنوية اختلف القانونيون في اعتبارها حق ملكية حقيقة، فذهب بعضهم إلى أنها حق ملكية حقيقة، إذ فيها جميع مقوماتها الأساسية، وذهب آخرون إلى أنها ليست بحق ملكية، ولكنها احتكار للاستغلال في الجانب المالي، وحق من حقوق الشخصية في الجانب الأدبي، وذهب فريق ثالث إلى أنها حق عيني معنوي في جانبه المالي، وحق من حقوق الشخصية في جانبه الأدبي وذلك لأن محلها غير مادي^(١).

والتحقيق أن كون الحق مادياً، أو غير مادي، إنما يصح باعتبار متعلقه، وإلاً فجميع الحقوق – بما فيها حق الملكية – معنوية^(٢).

وعند النظر في كتب الفقه والأصول لا نجد هذا الاسم، وإن كان المحتوى محققاً، ولذلك اختلف المعاصرون في تسميتها، فقد سماها شيخنا مصطفى الزرقا حقوق الابتكار^(٣)، وتبعه الأستاذ فتحي الدرني^(٤)، وذلك لأنَّ اسم «الحقوق الأدبية» ضيق لا يتلاءم مع كثير من أفراد هذا النوع

المالية، ولكنهم مختلفون في إدخالها في الحقوق العينية، أم أنها نوع مستقل.
يراجع لتفصيل ذلك: الوسيط في القانون المدني المصري للدكتور السنهوري ٢٧٥/٨، . . . ، والملكية للدكتور العبادي ١٩٦/١.

(١) يراجع: الوسيط للسنهوري ٢٧٦/٨ – ٢٨١، ويرجع بأنها ليست حق الملكية، لأنها تقع على شيء غير مادي.

(٢) التحقيق أنَّ الحقوق بما فيها حق الملكية معنوية، وأنَّ تقسيم الحق إلى مادي، وغير مادي، تقسيم غير صحيح؛ لأنَّ الحق يكون دائماً غير مادي، والمادي هو الشيء محل الحق، أما الحق فهو معنوي، أي يقوم في الفكر مجرداً غير محسوس. انظر: الوسيط للسنهوري ٢٧٤/٨.

(٣) المدخل إلى نظرية الالتزام ٦٢/٢.

(٤) حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن (ص ٧٩).

كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجارية، والأدوات الصناعية المبتكرة، وعناوين المحال التجارية مما لا صلة له بالأدب والنتاج الفكري، في حين أنَّ اسم «حق الابتكار» يشمل كل ذلك كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه «الملكية الصناعية»^(١).

وربما يرد على هذا الاسم أيضًا بأنه أخص من المطلوب، لأنَّ «الابتكار» يوحي بتخصيص هذه الحقوق بما فيه الابتكار والإبداع فقط، في حين أنَّ الحق قد يتربَّ هنا، وإن لم يوجد ابتكار سواءً أكان في الأدبيات أم في الأسماء التجارية، أم الصناعية أو نحوها^(٢)، ولذلك نرى إبقاء هذا الاسم وهو «الحقوق المعنوية».

وكون هذا المصطلح جديًّا لا يمنع من اعتباره، إذ العبرة بالمحظى وليس باللفظ والمعنى، وذلك لأنَّ محل الملك في نظر الفقه الإسلامي أعم من كونه ماديًّا أو غير مادي، وبهذا الاعتبار تدخل هذه الحقوق في الملكية، بل وفي المال عند جمهور الفقهاء (ما عدا الحنفية)^(٣).

كما أنَّ الفقه الإسلامي لا يشترط في الملكية التأييد كما في ملك المنفعة للعين المستأجرة؛ لأنَّ المقصود بالملك هو علاقة اختصاص أي أنه يختص بالمالك دون غيره فلا يعرض في التصرف فيه أحد^(٤)، لذلك فدخول الحقوق المعنوية في الحقوق والملكية لا يؤدي إلى أي مخالفة لنص

(١) المدخل للأستاذ الزرقا (٢/٦٦).

(٢) د. عجيل النشمي: في بحثه السابق (ص ٢٣٠١).

(٣) يراجع في تفصيل ذلك: المواقف للشاطبي (٢/١٧)، والمشور للزركشي (٣/٢٢٢)، والأشبه للسيوطى (ص ٣٢٧)، وابن عابدين (١/١١)، وكشاف القناع (١/٧٩).

(٤) الملكية للدكتور عبد السلام العبادي (١٩٨/١).

ولا لقاعدة فقهية، ولا لمقاصد الشريعة وقواعدها، في حين أن اعتبارها في القانون كان يؤدي إلى حرج في القانون حيث يشترط أن يكون محل الحق مادياً^(١).

وبذلك يتبيّن لنا أن موقف الفقه الإسلامي من هذه الحقوق يختلف عن القانون؛ لأن دائرة الملك في الشريعة أوسع منها في القانون حيث لا يشترط أن يكون محل الملك شيئاً مادياً معيناً بذاته في الوجود الخارجي، وعلى ضوء ذلك فمحل الحق المعنوي داخل في مسمى المال في الفقه الإسلامي، وذلك لأنّ له قيمة بين الناس وأعرافهم، ويباح الانتفاع به شرعاً فإذا قام الاختصاص به تكون حقيقة الملك قد وجدت، كما أنه لا يشترط التأييد في المالية^(٢).

وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر في دورته الخامسة بالكويت عام ١٤٠٩ هـ = ١٩٨٨ م اعتبر الحقوق المعنوية حقوقاً مالية مصونة ويرد عليها التصرفات الشرعية الواردة على الملكية حيث نصّ على:

«أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف، والاختراع، والابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية لتمويل الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

(١) وقد برهن الدكتور السنهوري في الوسيط (٢٧٩/٨ - ٢٨١) على أن الحقوق المعنوية ليست حق ملكية بعده أدلة، وينتهي في الأخير إلى أنها حقوق عينية أصلية تستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة، وهي كونها تقع على شيء غير مادي.

(٢) ويراجع لتفصيل ذلك: الملكية للدكتور العبادي (١٩٦/١ - ٢٠٣)، ود. عجيل النشمي: في بحثه السابق (ص ٢٢٨٤ - ٢٣١٠)، والدكتور السنهوري في الوسيط (١٠٣/١).

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انفي الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً ولأصحابها حق التصرف فيها ولا يجوز الاعتداء عليها».

أنواع الحقوق المعنوية

للح حقوق المعنوية أنواع كثيرة ذكرها القانونيون، فنحن نذكرها مع بيان تأصيلها الشرعي، وهي:

١ - الاسم التجاري أو العلامة التجارية (Trade Mark).

٢ - الترخيص التجاري (License).

٣ - الملكية الذهنية أو الأدبية والفنية (Intellectual Property)، مثل حق التأليف والنشر وحق الابتكار وحق الرسام في لوحاته الفنية المبتكرة.

ونحن نحتاج لمعرفة وجوب الزكاة في هذه الحقوق إلى أن نتصورها بعمق، ويتبيّن لنا هل هي أموال تتوافر فيها شروط الزكاة أم لا؟ ولا سيما أن هذه الحقوق لم تكن معروفة بهذا التوسيع في عهد الفقهاء القدامى، لكنهم تحدّثوا عن أنواع من الحقوق وعن الاعتياض عنها حسبما كان موجوداً أو متصوراً في عصرهم، وبالأخص ما يخص الحقوق المجردة وما يجوز الاعتياض عنها وما لا يجوز حيث نستطيع من خلال ما ذكره في هذا المجال الوصول إلى إيجاد أرضية صالحة لبيان الحكم الشرعي للأنواع المعاصرة^(١).

(١) يراجع: بحث الشيخ محمد تقى الدين العثمانى بعنوان: بيع الحقوق المجردة، المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة (٢٣٥٧/٣)، وبحث أ. د. وهبة الرحيلى، بعنوان: بيع الاسم التجارى والترخيص، المنشور في =

ومن هذه الحقوق حقوق لا تثبت لأصحابها إلا بنص من الشارع، إذ لا مدخل للقياس فيها مثل حق الشفعة، والولاء، والوراثة، والنسب، والقصاص، والتمتع بالزوجة، والطلاق، والحضانة، والولاية، وحق المرأة في قسم زوجها لها، وهي نوعان:

١ - حقوق شرعت لدفع الضرر مثل حق الشفعة، وحق القسم للمرأة، وحق الحضانة، وولاية اليتيم، و الخيار المخيرة، فهذا النوع لا يجوز الاعتياد عنها لا عن طريق البيع، ولا الصلح والتنازل بمال، وذلك لأنّ الحق إنما ثبت لدفع الضرر، فإذا تنازل عنه آخر فهذا يدل على أنه لا ضرر فيه عليه^(١).

٢ - حقوق شرعت أصلية^(٢) لا لدفع الضرر مثل حق القصاص، وحق تمتّع الزوج، وحق الإرث، وحق الولاء ونحوها.

فهذا النوع لا يجوز بيعها، حيث لا يجوز لولي قتيل أن يبيع حق الاقتراض إلى آخر، ولا للزوج بيع حق التمتع، ولا لوارث أن يبيع حق إرثه بحيث يرث هو عوضاً عن الوارث الحقيقي، وذلك لأنّ هذه الحقوق إنما أثبتتها الشارع لأشخاص متصفين بصفات معينة شخصية، ولذلك لا تباع ولا توهب، ولا تورث^(٣)، ويدل على ذلك: «نهي النبي ﷺ عن بيع الولاء

= المجلة السابقة (٣/٢٣٩١)، وبحث أ، د. محمد سعيد رمضان البوطي، بعنوان: الحقوق المعنوية، المنشور بالمجلة السابقة (٣/٢٣٩٧).

(١) حاشية ابن عابدين، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت، (٤/١٤) ويراجع بحث الشيخ العثماني: بحثه السابق (ص ٢٣٥٩).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/١٤)، ويراجع بحث الشيخ العثماني، بحثه السابق (ص ٢٣٥٩).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤/١٤ - ١٥).

وهيته»^(١)، قال ابن بطال: «أجمع العلماء على أنه لا يجوز تحويل النسب، فإذا كان حكم الولاء حكم النسب فكما لا ينتقل النسب لا ينتقل الولاء، وكانوا في الجاهلية ينقلون الولاء بالبيع وغيره فنهى الشرع عن ذلك»^(٢)، غير أنَّ دعاء الإجماع محل نظر حيث روي أنَّ ميمونة وهبته ولاء سليمان بن يسار لابن عباس، وجاء عن عثمان جواز بيع الولاء، وكذا عن عروة، وجاء عن ميمونة جواز هبة الولاء، وكذا عن ابن عباس، قال الحافظ ابن حجر: «ولعلهم لم يبلغهم الحديث»^(٣).

غير أنَّ هذه الحقوق السابقة يجوز الاعتياض عنها بطريق الصلح والتنازل على مال، فولي القتيل يجوز له أن يصالح القاتل على مال (الدية) في مقابل عفوه عن الفحاص، بنص القرآن والسنَّة والإجماع، والزوج له الحق في أن يصالح زوجته على مال في مقابل طلاقها عن طريق ما يسمى بالخلع، أو الطلاق على مال، وهذا ثابت بنص القرآن والسنَّة والإجماع.

لكن هذا الاعتياض إنما يجوز إذا كان الحق ثابتاً قائماً كما في الحقين السابقين، أما إذا كان الحق متوقعاً في المستقبل غير ثابت في الحال، فإنَّ ذلك لا يجوز الاعتياض عنه مطلقاً، وذلك مثل حق الإرث في حالة حياة المورث، وحق الولاء في حياة المولى، لذلك لا يجوز الصلح عليهمما بالمال أيضاً، لكن إذا مات المورث أو المولى فإنَّ ذلك الحق يتنتقل إلى ملك مادي

(١) الحديث رواه البخاري وصححه - مع فتح الباري - كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته (١٦٧/٥، ٤٥/٧)، ومسلم في صحيحه في العتق، باب النهي عن بيع الولاء وهبته (١١٤٥/٢).

(٢) فتح الباري (١٢/٤٤ - ٤٥).

(٣) فتح الباري (١٢/٤٥).

في تركته فيصبح بيده، أو التنازل عنه بطريق التخارج – كما هو معروف في علم الفرائض⁽¹⁾.

والتصرفات الواردة على المنافع نوعان:

النوع الأول: التصرفات الواردة على منافع الإنسان: كما في إجارة الأشخاص إجارة معينة، أو في الذمة، وكما في المضاربة، والمسافة، والمزارعة، حيث العقود واردة فيها على منافع المضارب، والمساقين والمزارع في الجملة، وكذلك الأمر في الشركة من حيث الجملة.

يقول الزركشي: «وأما العقد على المنافع فعلى ثلاثة أقسام: منها ما هو بعوض وهو الإجارة والجعالة والقراض والمساقاة والمشاركة . منها ما هو بغير عوض كالوقف والشركة، والوديعة والعارية، وحفظ اللقط .

ونوعان متعددان بين هذين القسمين، وهما الوكالة، والقيام على الأطفال، فإنه تارةً يكون بعوض وتارةً بغير عوض. ومنها المسابقة والمناصلة وهي قسم مفرد^(٢)، إذ المراد تملك المنفعة^(٣).

والنوع الثاني: التصرفات الواردة على منافع غير الإنسان، وهي تشمل:

(1) الإجارة على الأعيان بكافة صورها، سواء كانت معينة عند

(١) يراجع: حاشية ابن عابدين (٤/١٤)، والشيخ العثماني: بحثه السابق في المجلة (٣/٢٣٦٢).

(٢) أشارات إحدى النسخ إلى أنه القسم الرابع. المنشور (٣/٢٢٨).

٣) المنشور (٢٢٨/٣).

العقد، أو موصوفة في الذمة، ثم التصرف من قبل المستأجر
بتأجير العين أو إعارتها – كما سبق – .

(٢) وقف المنفعة والتصرف فيها من قبل الموقوف عليه – كما
سبق – بالإجارة أو نحوها^(١) .

(٣) الوصية بالمنفعة، ثم تصرف الموصي له فيها – كما سبق –
وإجراه عقد الإجارة عليها أو إعارتها^(٢) .

(٤) إجارة المنافع المستثناء في عقد البيع خلال الفترة نفسها^(٣) .

(٥) إجارة الأرض الخراجية، قال ابن رجب: «ومنها إجارة أرض
العنوة الخراجية، والمذهب صحتها، وهو نص أحمد، ولكن
استحب المزارعة فيها على الاستئجار»^(٤) .

(٦) إعارة العارية المؤقتة إذا قيل بلزمها، وملك المنفعة فيها على
الخلاف السابق الذي ذكر .

(٧) إجارة أقطع الاستغلال التي سوردها منفعة الأرض، دون
رقبتها، حيث قال الشيخ تقي الدين: يجوز، وجعل الخلاف
فيه مبتدعاً، وقرره بأن الإمام جعله للجند عوضاً عن أعمالهم
فهو كالملوك بعوض؛ لأنَّ إذنه في الإيجار عرف في فجاز، كما
لو صرَّح به»^(٥) .

(١) القواعد لابن رجب (ص ٢٢٠) .

(٢) المرجع السابق نفسه .

(٣) المرجع السابق نفسه .

(٤) القواعد لابن رجب (ص ٢١١، ٢١٠) .

(٥) المرجع السابق نفسه .

(٨) إسقاط المنفعة بمقتضى العقد، حيث للمنتفع الحق في إسقاط حقه من المنفعة حسب العقد، أو بالإقالة، أو بالتعويض^(١).

(٩) الصلح على المنافع والتنازل عنها بعوض، أو بغير عوض.

(١٠) جعل المنفعة مهراً حيث هو جائز – كما سبق – .

(١١) بيع المنافع، أو الاعتراض عنها: سُمِّي الفقهاء الحنفية حقوق الارتفاق بالحقوق المجردة، والمشهور عندهم أنَّ هذه الحقوق لا يجوز بيعها، ولكن يجوز الاعتراض عنها في حين أنَّ بقية الفقهاء أطلقوا جواز بيعها على تفصيل ذكره.

وسبب الخلاف في هذا: يعود إلى تعريف البيع عند الفريقين حيث خصَّص الحنفية البيع بمبادلة المال – أي الأعيان دون المنافع – بالعين، وأما الجمهور، وبالخصوص الشافعية والحنابلة فتعريف البيع عندهم شامل لبيع المنفعة على التأييد، قال البيضاوي: البيع تملك عين أو منفعة على التأييد بعوض مالي^(٢).

وقال الخطيب بعد ذكر هذا التعريف: «فدخل بيع حق الممر ونحوه، وخرجت الإجارة بقيد التأييد فإنها ليست بيعاً»^(٣).

وعرف الحنابلة البيع بأنه مبادلة عين مالية...، أو منفعة مباحة مطلقاً، بأن لا يختص إياها بحال دون آخر كممر دار، أو بقعة لتحفر بئراً،

(١) يراجع لمزيد من التفصيل: الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٩/١٨).

(٢) الغاية القصوى للبيضاوي بتحقيق د. علي القره داغي (٤٥٥/١)، والمبدع ط المكتب الإسلامي (٤/٤).

(٣) مغني المحتاج (٣/٢)، والغاية القصوى (٤٦٠/١).

بأحدهما أي عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً»^(١).

وذكر ابن قدامة جواز الاعتياض عن فتح الباب والنافذة وحفر البئر في الطريق بعوض^(٢).

والمالكية أيضاً أجازوا بيع حق التعلی، وحق غرز الخشب على الجدار، يقول الدردير: «وجاز بيع هواء – بالمد – أي فضاء (فوق هواء) بأن يقول شخص لصاحب أرض: يعني عشرة أذرع مثلاً فوق ما ثبته بأرضك (إن وصف البناء) الأسفل والأعلى لفظاً أو عادة للخروج من الجهة والغرر، ويملك الأعلى جميع الهواء الذي فوق بناء الأسفل، وعلق الدسوقي عليه فقال: «وأما هواء فوق أرض كأن يقول إنسان لصاحب الأرض: يعني عشرة أذرع من الفراغ الذي فوق أرضك، أبني فيها بيئاً فيجوز، ولا يتوقف الجواز على وصف البناء، إذ الأرض لا تتأثر بذلك، ويملك المشتري باطن الأرض»، ثم قال الدردير: «وجاز عقد على (غرز جذع)، أي جنسه فيشمل المتعدد (في حائط) الآخر بيعاً أو إجارة.. (وهو مضمون) أي لازم البقاء محمول على التأييد فيلزم البائع، أو وارثه أو المشتري منه إعادة الحائط إن هدم، ويستمر ملك موضوع الجذع للمشتري، أو وارثه، وأما إن حصل خلل في موضوع الجذع فإصلاحه على المشتري، إذ لا خلل في الحائط: «إلا أن يذكر العاقد حين العقد مدة معينة، لذلك فإن إجارة تنفسخ بانهدامه»^(٣).

(١) انظر: شرح منتهی الإرادات (١٤٠/٢)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٦٠/٤).

(٢) المعني لابن قدامة (٣٦/٥).

(٣) الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي (١٤/٣ – ١٥)، ويراجع شرح الخرشفي (٤/٥).

وقال المواق: «ويجوز في قول مالك شراء طريق في دار رجل وموضع جذوع من حائط يحملها عليه إذا وصفها»^(١).

وفي المدونة تصريح بجواز بيع الشرب ونحوه^(٢)، وصرّح الزرقاني: «بأنَّ بيع المنفعة من أقسام البيوع»^(٣).

أما الحنفية فتعريف البيع عندهم هو مبادلة المال بالمال، والمال عند مقدميهم هو العين دون المنفعة — كما سبق — وصرّحوا كذلك بعدم جواز بيع المنافع والحقوق المجردة^(٤)، ولكن لدليهم تفصيل في بعضها حيث اختلفوا في بيع حق المرور على روایتين: إحداهما: رواية الزيادات وهي عدم الجواز، والأُخْرَى رواية كتاب القسمة وهي الجواز، قال ابن عابدين: «وبيه أخذ عامة المشايخ»، قال السائحي: «وهو الصحيح وعليه الفتوى»^(٥)، وأما حق التعلّي فلا يجوز بيعه، وكذلك حق المسيل لا يجوز بيعه عندهم^(٦).

وكذلك اختلفوا في بيع حق الشرب، حيث إنَّ ظاهر الرواية أنه لا يجوز ولكنه جوَّزه كثير من المشايخ بناءً على العرف، يقول الإمام السرخسي: «بيع الشرب فاسد، فإنه من حقوق المبيع بمنزلة الأوصاف، فلا

(١) التاج والإكليل للمواق وبهامش الخطاب (٤/٢٧٥).

(٢) المدونة الكبرى (١٠/١٢١).

(٣) حيث قال في شرح الزرقاني على الموطأ (٣/٥٠): «البيوع جمع بيع، وجمع لاختلاف أنواع كبيع العين، وبيع الدين، وبيع المنفعة».

(٤) يراجع: بحث الشيخ تقى العثمانى: بيع الحقوق المجردة، بحث قدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عام ١٩٨٨ م.

(٥) حاشية ابن عابدين (٤/١٣٢)، وفتح القدير مع شرح العناية (٥/٤٠٤ - ٤٠٦).

(٦) فتح القدير مع شرح العناية على الهدایة (٥/٤٠٤).

يفرد بالبيع، ثم هو مجهول في نفسه غير مقدور التسليم؛ لأنَّ البائع لا يدرى أى جري ماء أَم لَا، وليس في وسعه إجراؤه»، قال: «وكان شيخنا الإمام يحكي عن أستاذه أنه كان يفتى بجواز بيع الشرب بدون الأرض، ويقول: هو عرف ظاهر في ديارنا: (بنفس) فإنهم يبيعون الماء»^(١).

الاعتراض عنها عن طريق الصلح

ذكر العلامة خالد الأتاسي شارح المجلة أنَّ إذا كانت الحقوق المجردة لا يجوز بيعها عند الحنفية فإنهم يجيزون الاعتراض عنها عن طريق الصلح حيث قال: «وعلى ما ذكروه من جواز الاعتراض عن الحقوق المجردة بمال ينبغي أن يجوز الاعتراض عن حق التعلّي، وعن حق الشرب، وعن حق المسيل بمال؛ لأنَّ هذه الحقوق لم تثبت لأصحابها لأجل دفع الضرر عنه، بل ثبتت لهم ابتداء بحق شرعي»^(٢).

الخلاصة: أنَّ المنافع يجوز بيعها عند الجمهور، على ضوء التفصيل السابق، وأنَّ الحنفية لم يجيزوا بيع المنافع المجردة، من حيث المبدأ، لكنهم فصلوا فيها، فأجازوا بيع بعضها ما دام ذلك ثابتاً في الحال لصاحبها أصلالة، وقابلًا للانقال ومنضبطا بالضبط، وجرى به عرف التجار^(٣). وقد سبق أن ذكرنا قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة القاضي بجواز التصرف في الاسم التجاري، أو العنوان التجاري أو نحو ذلك بالبيع ونحوه.

الخلاصة: إنَّ العرف له دور كبير في تمويل الأشياء، وبالتالي جواز

(١) المبسوط (١٤/١٣٥، ١٣٦).

(٢) شرح المجلة للأتاسي (٢/١٢١).

(٣) الشيخ تقى العثمانى: بحثه السابق.

بيعه، أو نقله، أو الاعتياض عنه، ولذلك نرى أنَّ جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) أجازوا بيع حقوق الانتفاع على التفصيل السابق، وحتى الحنفية الذين منعوا ذلك من حيث المبدأ عاد متأنِّخوهم فأجازوا بيع بعضها بناء على أنَّ الأعراف جعلتها ذات قيمة تعامل بها الناس تعامل الأموال العينية.

ويُستفاد كذلك مما سبق أنَّ أهم الضوابط للتصرف في هذه الحقوق هي في ما يأتي:

- ١ — أن يكون الحق ثابتاً في الحال، لا حُقُّا مُتوقعاً في المستقبل.
- ٢ — أن يكون ثابتاً لصاحبِه أصالة، لا لمجرد دفع الضرر عنه فقط.
- ٣ — أن يكون قابلاً للانتقال من شخص إلى آخر.
- ٤ — أن يكون منضبطاً لا يترب عليه غرر أو جهالة فاحشة.
- ٥ — أن يكون في العرف مما يجري مجرى الأموال في التداول والقيمة^(١).

حقوق الاختصاص والسبق

الاختصاص في عرف الفقه الإسلامي يراد به أن يختص شخص بمقعد من مقاعد السوق المباحة إذا وضع سلعته فيه، وحينئذ يقال: إنه اختص به دون غيره فليس لأحد مزاحمته.

قال ابن رجب: «هو عبارة عمّا يختص مستحقة بالانتفاع به، ولا يملك

(١) الشيخ تقي العثماني: بحثه السابق (٢٣٧٢/٣)، ويراجع: الخطاب (٥/٤١٧)، وحاشية الدسوقي (٤/٩ – ١١)، والمذهب (١/٤١٠)، والمغني (٥/٤٦٨)، ومنتهى الإرادات (٢/٣٦١)، وحاشية ابن عابدين (٥/١٨)، والفتاوی الھندیة (٤/٤٢٥).

أحد مزاحمته، وهو غير قابل للتمؤل والمعاوضات»^(١).

والفرق بين ملك المنفعة والاختصاص أنَّ الاختصاص أوسع من الملك، حيث يشمل ما لا يقبل الملك شرعاً أيضاً، مثل الاختصاص للجلد النجس، والكلب، وما يقبل الملك ولم يتملك مثل التحجير في إحياء الموات^(٢).

وقد ذكر العزَّ بن عبد السَّلام ثمانية أنواع من الاختصاص وهي الاختصاص بإحياء الموات بالتحجُّر، والإقطاع، وبالسبق إلى بعض المباحثات، وإلى مقاعد الأسواق، وبمقاعد المساجد للصلوة، والعزلة، والاعتكاف، وبالسبق إلى المدارس، والربط، والأوقاف، وبموقع النسك، كال茗اطف والمسعى وبالخانات المسبيلة في الطرق، وبالكلاب، والمحترم من الخمور^(٣).

لكن الفقهاء اختلفوا في اعتبار بعض الأشياء من قبيل الملك، أو الاختصاص، مثل الكلب حيث ذهب الحنفية إلى أنه مال مملوك خلافاً للجمهور^(٤). وما ذكره فقهاء الحنابلة حول الاختصاص لا يختلف كثيراً عما سبق، حيث قال ابن رجب: «حق الاختصاص»، وهو عبارة عما يختص

(١) قواعد ابن رجب (ص ١٩٢).

(٢) المنشور من القواعد للزركشي، ط الكويت (٢٣٤/٣).

(٣) قواعد الأحكام (٨٦/٢)، والخمر المحترمة هي العصير الذي أريد أن يتخلّل، ولكنه يتخمر ثم يتحول إلى الخل.

(٤) يراجع: المنشور من القواعد للزركشي (٢٣٤/٣)، والملكية للدكتور العبادي (١٦٠ - ١٦٦). ويراجع: بدائع الصنائع (١٤٣/٥)، وحاشية الدسوقي (١١/٣)، والغاية القصوى (٤٦٠/١)، وحاشية قليوبى وعميرة (٩٢/٣) - (١٨٠)، والمغني لابن قدامة (١٨٩ - ١٩٠).

مستحقه بالانتفاع به، ولا يملك أحد مزاحمه فيه، وهو غير قابل للتموّل، والمعاوضات»، ثم ذكر صوراً مثل الكلب المباح اقتناوه، والأدهان المنتجة المنتفع بها بالإيقاد، وغيره، وجلد الميتة المدبوغ، ومنها مراافق الأموال كالطرق، والأفنية، ومسيل المياه ونحوها، هل هي مملوكة، أو يثبت فيها حق الاختصاص، وفي المسألة وجهان:

أحدهما: ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك، وبه جزم القاضي، وابن عقيل . . .

والوجه الثاني: الملك، وصرّح به الأصحاب في الطرق وجزم به في الكل صاحب المغني، وأخذه من نص أحمد (وعلى هذا تخرج عن الاختصاص)، ومنها مراافق الأسواق، ومنها الجلوس في المساجد^(١).

والحنفية وإن كانوا لا يستعملون مصطلح «الاختصاص» غالباً، وإنما يستعملون مصطلحي «الحق» و «الاستحقاق»، لكنهم لا يكادون يختلفون في الفروع عما سبق عن غيرهم مثل الأقطاع والأسواق ونحوها^(٢).

وقد اختلف الفقهاء في بيع حق الأسبقة في التحجير - بعد اتفاقهم على أنَّ التملك لا يتم إلَّا بإحياء الأرض - فذهب بعض الشافعية إلى جوازه بناءً على جواز بيع حق الاختصاص؛ حيث ذكر الخطيب الشربيني أنَّ أبا إسحاق حينما أجاز بيع هذا الحق علَّه بكونه بيع حق الاختصاص كبيع

(١) القواعد لابن رجب (ص ٢٠٤ - ٢٠٥).

(٢) وقد استعمل الكاساني مصطلح «الاختصاص» أيضاً، فقال بخصوص بيع الكلب: «ولنا أن الكلب مال فكان محلًّا للبيع كالصقر والبازي، والدليل على أنه مال: أنه متفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق . . .»، ثم قال: «لأن شرعاً يقع سبيلاً ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة . . .». انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ط زكريا يوسف بالقاهرة (٣٠٠٦/٦).

علو البيت للبناء والسكنى دون أسفله^(١).

وإلى هذا ذهب وجه للحنابلة، قال ابن قدامة: «إإن باعه لم يصح بيعه؛ لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ، وكم من سبق إلى معدن، أو مباح قبل أخذنه، قال أبو الخطاب: «ويحتمل جواز بيعه؛ لأنه له»^(٢)، وصار أحق به»، وقال المرداوي: «ومن تحجر موائماً لم يملكه... وهو أحق به... وليس له بيعه، وهو المذهب... وقيل: يجوز له بيعه، وهو احتمال لأبي الخطاب، وأطلقهما في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير»^(٣).

وجمهور الفقهاء على عدم جواز بيعه لعدم تحقق الملكية، ولأنَّ المتاحر ثبت له الحق في التملُّك فقط، وهو لا يباع كحق الشفعة^(٤)، ولكتنهم أثبتوا به حق الأولوية وأجازوا به نقل هذا الحق عن طريق التوراث، كما أجاز جمهورهم الاعتراض عنه عن طريق الصلح، جاء في النهاية: «ومن شرع في عمل إحياء ولم يتمه كحفر الأساس، أو علم على بقعة بنصب أحجار.. أو خط خطوطاً، فمتحجَّر عليه، أي مانع لغيره منه بما فعله بشرط كونه بقدر كفايته، وقدراً على عمارته حالاً، وحيثند هو أحق به من غيره اختصاصاً، لا ملكاً...»^(٥)، وجاء في تكميلة المجموع: «... وإن مات انتقل إلى وارثه؛ لأنَّه حق تملُّك ثبت له فانتقل إلى وارثه كالشفعة...»^(٦).

(١) معنى المحتاج شرح المنهاج (٢/٣٦٧)، ونهاية المحتاج للرملي (٥/٣٣٦).

(٢) المعنى لابن قدامة (٥/٥٦٩)، والكافي (٢/٤٩٢).

(٣) الإنصاف (٦/٣٧٣—٣٧٤).

(٤) يراجع: المصادر السابقة، وبحث الشيخ تقى العثمانى (٣/٢٣٧٤).

(٥) نهاية المحتاج (٥/٣٣٦).

(٦) تكميلة المجموع للشيخ المطبى (١٤/٤٧١).

قال ابن قدامة: «وإن تحجر مواتاً — وهو أن يشرع في إحياءه... — لم يملكتها بذلك؛ لأنَّ الملك بالإحياء، وليس هذا إحياء لكن يصير أحق الناس به؛ لأنَّه روى عن النبي ﷺ أنه قال: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»^(١)... فإن نقله إلى غيره صار الثاني بمترتبة؛ لأنَّ صاحبه أقامه مقامه، وإن مات فوارثه أحق به؛ لقول النبي ﷺ: «من ترك حقاً أو مالاً فهو لورثته»^(٢)، ثم ذكر ابن قدامة بأنَّ حكم إقطاع الإمام حكم التحجر فيما سبق^(٣).

(١) الحديث رواه أبو داود بلفظ: « فهو له»، وأما بلفظ: «... فهو أحق به»، فهو في حديث آخر بلفظ: «من أحاط على شيء فهو أحق به...» رواه أبو داود الحديث رقم (٣٠٧٧)، والبيهقي (١٤٢/٦)، وأحمد (١٢/٥، ٢١)، وأما الحديث الأول فرواه أبو داود، الحديث (٣٠٧١)، والبيهقي (١٤٢/٦)، والطبراني في المعجم الكبير (٧٦/١)، وقال الألباني في إرواء الغليل: حديث ضعيف، (٩/٦)، وقال: إنَّ النص الذي ذكره المصنف وهم فيه.

(٢) الحديث ورد بلفظ: «... ومن ترك مالاً فهو لورثته» رواه البخاري ومسلم وغيرهما، ويلفظ: «ومن ترك دينًا، أو ضياعًا فليأتيني» رواه البخاري وغيره، ويلفظ: «من ترك كلاً أو ضياعًا فإلي» رواه البخاري ومسلم، ولم أره بلفظ: «حقاً»، ومع ذلك قال الألباني (٢٥٨/٥): حديث «من ترك حقاً...» صحيح وهو من حديث أبي هريرة، ولكن الحديث الذي ذكره ليس فيه «حقاً»، وإنما بلفظ: «فمن تُؤْمِنْتُه وعليه دين فعليه قصاؤه»، و «من ترك مالاً...»، وكذلك قال في (١١/٦): «صحيح وهو من حديث جابر»، وهو أيضًا ليس فيه «حقاً»، وإنما بلفظ: «من ترك دينًا فعليه، ومن ترك مالاً فلورثته». انظر: الإرواء (٢٤٩/٥)، ويراجع: صحيح البخاري (٢/٢، ٦٠، ٦٠/٣، ٤٩٠)، ومسلم (٦٢/٥)، وأبو داود، الحديث (٣٣٤٣)، والنسائي (٢٧٨/١).

(٣) المغني لابن قدامة (٥٦٩/٥ - ٥٧٠).

حق البقاء بسبب العقد، والتنازل عنه

ذكر فقهاؤنا عدة مسائل يجمعها هذا العنوان، منها مسألة خلو الدور والحوائط الذي يأخذ المستأجر في مقابل التنازل عن استبقاء عقد إجارته، ومنها حق الوظائف السلطانية، أو الوقمية، حيث يتنازل الموظف، أو الناظر لآخر في مقابل مبلغ معين.

فقد تحدث الفقهاء عن هاتين المسألتين فاتفقوا على عدم جواز الاعتباط عن طريق البيع، واختلفوا في الاعتباط عن طريق التنازل والصلح.

أولاً: الخلو والتصرُّف فيه :

وقد عرض هذا الموضوع على مجمع الفقه المنشق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الرابعة عام ١٤٠٨هـ، وقدمت فيه عدة بحوث، وصدر عنه قرار هذا نصه:

أولاً: تنقسم صور الاتفاق على بدل الخلو إلى أربع صور، هي:

- ١ - أن يكون الاتفاق بين مالك العقار وبين المستأجر عند بدء العقد.
- ٢ - أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين المالك، وذلك في أثناء مدة عقد الإيجار أو بعد انتهائهما.
- ٣ - أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين مستأجر جديد، في أثناء مدة عقد الإيجار أو بعد انتهائهما.
- ٤ - أن يكون الاتفاق بين المستأجر الجديد وبين كل من المالك والمستأجر الأول قبل انتهاء المدة، أو بعد انتهائهما.

ثانياً: إذا اتفق المالك والمستأجر على أن يدفع المستأجر للمالك مبلغاً مقطوعاً زائداً عن الأجرة الدورية (وهو ما يسمى في بعض البلاد خلواً)، فلا مانع شرعاً من دفع هذا المبلغ المقطوع على أن يعد جزءاً من أجرة المدة المتبقية عليها، وفي حالة الفسخ تطبق على هذا المبلغ أحكام الأجرة.

ثالثاً: إذا تمَّ الاتفاق بين المالك وبين المستأجر أثناء مدة الإجارة على أن يدفع المالك إلى المستأجر مبلغاً مقابل تخلّيه عن حقه الثابت بالعقد في ملك منفعة بقية المدة، فإن بدل الخلو هذا جائز شرعاً؛ لأنَّه تعويض عن تنازل المستأجر برضاه عن حقه في المنفعة التي باعها للمالك.

أما إذا انقضت مدة الإجارة، ولم يتجدد العقد صراحةً أو ضمناً عن طريق التجديد التلقائي حسب الصيغة المفيدة له، فلا يحل بدل الخلو؛ لأنَّ المالك أحق بملكه بعد انقضاء حق المستأجر.

رابعاً: إذا تمَّ الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد أثناء مدة الإجارة على أنَّ التنازل عن بقية مدة العقد لقاء مبلغ زائد عن الأجرة الدورية، فإنَّ بدل الخلو هذا جائز شرعاً، مع مراعاة مقتضى عقد الإجارة المبرم بين المالك والمستأجر الأول، ومراعاة ما تفرضه القوانين النافذة الموافقة للأحكام الشرعية.

على أنه في الإيجارات الطويلة المدة خلافاً لنص عقد الإجارة طبقاً لما تسوغه بعض القوانين لا يجوز للمستأجر إيجار العين لمستأجر آخر، ولا أخذ بدل الخلو فيها إلَّا بموافقة المالك.

أما إذا تمَّ الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد بعد انقضاء المدة فلا يحل بدل الخلو، لأنَّه تعويض عن حق المستأجر في منفعة العين^(١).

ثانيًا: حق الاستمرار في الوظائف والتنازل عنها بمال:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فالمتقدّمون، أو جمهورهم على منع ذلك، وأجازه جماعة من المتأخّرين، فذكر ابن عابدين جوازه وأطال فيه

(١) حاشية ابن عابدين، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت (١٤/١٤ - ١٥).

النفس، ودافع عنه وبين أنَّ المانعين قاسوه على حق الشفعة، ولكن هذا القياس مع الفارق؛ لأنَّ حق الشفعة إنما شرع لدفع الضرر، والحقوق المشروعة لدفع الضرر لا يجوز الاعتياض عنها، أما حق الوظيفة فحق ثابت لصاحبها أصلًا، فلا يحرم الاعتياض عنه كما في حق القصاص، ثم ذكر بأن المفتى أبا سعود أفتى بجواز أخذ العوض في حق القرار، والتصرُّف، وعدم صحة الرجوع، «وبالجملة فالمسألة ظنية والنظائر متشابهة، وللبحث فيها مجال وإن كان الأظهر فيها ما قلناه، فالأولى ما قاله في البحر من أنه ينبغي الإبراء العام بعده»، لكن الحنفية أقرّوا بأنَّ الوظيفة لا تثبت للمتنازل له إلا بعد تقرير القاضي (أو من بيده الوظيفة)، « وأنه لا ينزع بمجرد عزل نفسه خلافاً للعلامة قاسم، بل لا بدَّ من تقرير القاضي المفروغ له ولو أهلاً، وأنه لا يلزم القاضي تقريره ولو أهلاً»^(١).

وكذلك أفتى بعض متأخّري الشافعية بذلك، فقال العلّامة الرملي : «أفتى الوالد – رحمه الله – بحل النزول عن الوظائف بالمال، أي لأنَّه من أقسام الجعالة فيستحقه النازل ويسقط حقه»^(٢)، ووافقه الشبراهمي في حاشيته، وفرع عليه جواز النزول عن الجوامك بمال أيضًا غير أنه قيده بوظائف الأوقاف الدائمة، وأما الوظائف الحكومية التي لا دوام فيها فلا يجوز الاعتياض عنها»^(٣).

والامر كذلك في المذهب الحنفي حيث ذكر البهوي أنه يجوز النزول

(١) حاشية ابن عابدين، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت (١٤/١٤ – ١٥).

(٢) نهاية المحتاج (٥/٤٧٨). والجوامك: جمع الجامكية، وهي مبلغ معلوم يقدر لرجل كعطاه من بيت المال. والحنفية لم يجيزوا بيعها؛ لأنها من بيع الدين من غير من عليه الدين. انظر: حاشية ابن عابدين (٣/٤١٧).

(٣) حاشية الشبراهمي على النهاية (٦/٤٧٨).

عنها بعوض لا على وجه البيع قياساً على الخلع^(١)، والمالكية أجازوا بيع
الجاسكية^(٢).

والخلاصة: أنَّ المتأخرین أجازوا التنازل عن هذه الوظائف عن طريق
الصلح على مال، وبعوضهم لم يجيزوا بيعها، ويثير هنا السؤال عن الفرق
بينهما؟

والجواب عن ذلك أنَّ البيع ينفل إلى المشتري محل العقد المبيع، وأما
التنازل فلا ينفل الملك إلى المتنزول له، وإنما يسقط النازل حقه، وتكون
الفائدة في حق المتنزول له في أنَّ هذا التنازل قد أسقط مزاحمة النازل له^(٣)،
وقد بين القرافي الفرق بين قاعدة النقل وقاعدة الإسقاط بأنَّ الأولى تنقل
الملكية بعوض أو بغير عوض إلى آخر، أما الإسقاط فهو إما بعوض كالخلع،
والعفو على مال.. والصلح على الدين.. فجميع هذه الصور يسقط فيها
الثابت، ولا ينتقل إلى البادل ما كان يملكه المبدول له من العصمة.. وإنما بغير
عوض كإبراء من الديون والقصاص والتعزير وحد القذف والطلاق..
فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل لغير الأول^(٤).

الحق في التملك والفرق بينه وبين حق الملك

وبالنظر في عبارات الفقهاء حول الحقوق والملكية نجد أنَّ هناك فرقاً
بين الحق في تملك عين أو منفعة، وحق ملكها، أو بعبارة أخرى هناك فرق
بين الحق في التمكّن، وحق التمكّن، فالثاني هو الملكية، وأما الأول فهو

(١) شرح منتهى الإرادات (٤٦٤/٢).

(٢) مواهب الجليل للحطاب (٤/٢٢٤).

(٣) الشيخ العثماني، بحثه السابق (٣/٢٣٧٧).

(٤) تهذيب الفروق والقواعد السنوية بهامش الفروق للقرافي (٢/١٣٥ – ١٣٦)،
والفروق (٢/١١٠).

مجرد حق، لا يترتب عليه الملكية – على رأي الجمهور – وذلك مثل حق الشفعة، وحق الفقراء في بيت المال، وحق الناس في الماء والكلأ والنار (الإباحة العامة)، وحق الضيافة، فهذه مجرد حقوق لا يتحقق الملكية فيها إلاّ بعد تحقق سبب من أسباب الملكية كالحيازة، أو الاستهلاك أو نحوها.

ولكن خلاف الفقهاء في هذه الصور قائم على أساس: هل الحق فيها حق ملك أو حق تملك^(١) – كما سيأتي – .

ثم إنَّ الحقوق أعم من الملكية، حيث هي خاصة بالأموال في حين أنَّ الحقوق تشملها وغيرها من حقوق النكاح والحضانة وغيرهما، وقد لخص العلَّامة ابن رجب الحقوق المتعلقة بالمال في خمسة أنواع نذكرها بإيجاز، وهي:

أحدها: حق ملك كحق السيد في مال المكاتب، ومال القن إذا قلنا: يملك بالتمليك، وما يمتنع إرثه لمانع كالتركة المستغرقة بالدين في رواية، وكالمحرم إذا مات مورثه وفي ملكه صيد على أظهر الوجهين.

الثاني: حق تملك كحق الأب في مال ولده، وحق العاقد للعقد إذا وجب له، وحق العاقد في عقد يملك فسخه ليغيد ما خرج عنه إلى ملكه مع أنَّ في هذا شائبة من حق الملك، وحق الشفيع في الشخص، وله هنا صور مختلف فيها:

منها: حق المضارب في الرابع بعد الظهور، وقبل القسمة، وفيه روايتان: إحداهما: إنه يملكه بالظهور، والثانية: لم يملكه وإنما ملك أن يتملَّكه، وهو حق متأكد حتى لو مات ورث عنه، ولو أتلف المالك المال

(١) يراجع: الفروق للقرافي حيث ناقش هذه المسألة (٣/٢٠ – ٢١)، وتهذيب الفروق (٣/٣٤ – ٣٥)، وحاشية ابن الشاط على الفروق (٣/٢١٣ – ٢١٤) والملكية للدكتور العبادي (١/١٥٧).

غرم نصيبيه، وكذلك الأجنبي.

ومنها: حق الغانم في الغنيمة قبل القسمة، وفيه وجهان.

ومنها: حق الزوج في نصف الصداق إذا طلق قبل الدخول: هل يثبت له فيه الملك قهراً، أو يثبت له حق التملك فلا يملك بدونه؟ فيه وجهان، والأول هو المنصوص.

ومنها: حق الملتقط في اللقطة بعد حول التعريف، وفيه وجهان، أشهرهما: أن يثبت له الملك بغير اختياره.. والثاني: لا يدخل حتى يختار. ومنها: الموصى له بعد موت الموصي، وفيه وجهان، أحدهما: أنه يثبت له الملك.. والثاني: إنما يثبت له حق التملك بالقبول، وهو المشهور عند الأصحاب.

ومنها: من نبت في أرضه كلاً أو نحوه من المباحات، أو توحَّل فيها صيد، أو سمك أو نحوه، فهل يملكه بذلك؟ في المسألة روايتان..، وأكثر النصوص عند أحمد: يدل على الملك، وعلى الرواية الأخرى: إنما يثبت حق التملك وهو مقدم على غيره.

ومنها: متحجر الموات، المشهور أنه لا يملكه بذلك، ونقل صالح عن أبيه ما يدل على أنه يملكه، وعلى الأول فهو أحق بتملكه بالإحياء.

هذا كله فيما العقد له سبب التملك، وصار التملك واقفاً على اختياره، فاما أن يثبت له رغبة في التملك ووعده به، ولم ينعقد السبب كالمستام، والخاطب إذا ركِن إلىهما فلا يجوز مزاحمتها أيضاً.

ثالثاً: حق الانتفاع: كما سبق.

رابعاً: حق الاختصاص: كما سبق.

خامسًا: حق التعلق لاستيفاء الحق، منها: حق المرتهن بالرهن، ومعنىه أنَّ جميع أجزاء الرهن محبوس لكل جزء من الدين حتى يستوفي جميعه.

ومنها: تعلق حق الجنائية بالجاني، ومعناه أنَّ حقه انحصر في ماليته، وله المطالبة بالاستيفاء منه، ويتعلَّق الحق بمجموع الرقبة، لا بقدر الأرش على ظاهر كلام الأصحاب.

ومنها: تعلق حق الغرماء بالتركة هل يمنع انتقالها بالإرث؟ على روایتين، وهل هو كتعلُّق الجنائية أو الرهن؟ اختلف كلام الأصحاب في ذلك.

ومنها: تعلق حق الموصى له بالمال، هل يتبع الانتقال إلى الورثة؟ جعل طائفة من الأصحاب حكمه حكم الدين . . وجزم القاضي في خلافه بعدم انتقاله إلى الورثة مفرقاً بين الدين والوصية بأنَّ حق الموصى له في عين التركة، ولا يملك الورثة إبدال حقه، بخلاف الدين فإنَّ حق صاحبه في التركة والذمة، وللورثة التوفيقية من غيره.

ومنها: تعلق الزكاة بالنصاب: هل هو تعلق شركة أو ارتهان، أو تعلق الاستيفاء كالجنائية؟ اضطرب كلام الأصحاب فيه.

ومنها: تعلق حق غرماء المفلس بما له بعد الحجر وهو تعلق استحقاق الاستيفاء منه.

ومنها: تعلق ديون الغرماء بمال المأذون له.

ومنها: تعلق حقوق الفقراء بالهدي والأضاحي المعينة حيث يقدمون بما يجب الصرف إليهم منها على الغرماء^(١).

فهذه – على القول بأنها ملكت – كلها تدخل ضمن الملكية الناقصة التي تسع ذلك كله، وإن كان بعضها أقوى من بعض، وإن بعضها يقترب من الملكية التامة، والآخر ينزل إلى درجة لا يتصل به إلى الملكية إلَّا بخيط أو هن من خيط العنكبوت.

(١) القواعد لابن رجب (ص ٢٠٠ - ٢٠٨).

وأما على القول الثاني بأنها لم يملكتها أصحابها تدخل في الحق المؤكدة في التملك والأولوية، فمثلاً المضارب بعد ظهور الربح على القول بأنه لم يملكته ثبت له حق مؤكدة في تملكه، لكنه حق قوي حتى لو مات ورث عنه، وهكذا حق الغانم ونحوه.

وهو بهذا المعنى والاعتبار لا يدخل في حق المفعة أو الانتفاع، وإنما في الحق في التملك وهو حينئذ غير الملكية وحق الملك.

درجات أربع متدرجة في الحقوق المالية :

ظهر لنا فيما سبق أن هناك فرقاً بين حق الملك والحق في الملكية والتملك، ونود أن نبين أنَّ هناك أربع درجات متفاوتة تصاعدياً، وهي:

١ - الحق في التملك أو الحق المباح وهو ثابت في المباحث العامة، لكن الملكية لا تثبت إلَّا بالحيازة أو نحوها وهو أضعف الحقوق بالنسبة للتملك.

٢ - الحق الواجب، أو الحق الثابت، وهو أقوى من الحق في التملك وأضعف مما يليه، وهو الحق الثابت للقابل بعد ورود الإيجاب حيث أصبح له الخيار بين قبول الإيجاب في مجلس العقد فيصبح مالكاً، أو رفض الإيجاب، وهذا الأمر لا يتوافر لصاحب الحق في التملك، وهذا في التملك الاختياري.

ومثال الحق الواجب أو الثابت في التملك العجيري: هو الغنيمة والشفعية، قال ابن عابدين: «والحاصل كما في الفتح عن المبوسط أنَّ الحق يثبت عندها بنفس الأخذ، ويتأكد بالإحراز، ويملك بالقسمة، وما دام الحق ضعيفاً لا يجوز القسمة، قلت: وهذا كله إذا لم يظهر عسكنرا على البلد، فلو ظهروا عليها وصارت بلد إسلام، وصارت الغنيمة محربة بدارنا، ويتأكد

الحق فتصح القسمة»^(١).

ويستوي الحقان السابقان في أن كلاًّ منهما حق ضعيف مجرد عن الملك، وأنه لا يباع، ولا يورث عند الحنفية، ولا يضمن عن الإنلاف، ولكنهما يختلفان في أن الحق الواجب تعلق بشيء معين ولو في الجملة، وتحقق له شيء من أسباب الملك، في حين أن الحق المباح، أو الحق في التملك لم يتحقق له شيء من ذلك، وأيضاً أن الحق الواجب (الثابت) ينتقل إلى الورثة عند جماعة من الفقهاء – منهم المالكية – في حين أن الحق في التملك لا ينتقل^(٢).

٣ – الحق المؤكّد، وهو حق استقر في عين منفعة لم تملك بعد وإن كان لصاحبها نوع ملك في الجملة، وله حق المطالبة بالقسمة، ويسمى الحق المستقر؛ لأنّ من عليه الحق لا يقدر على إبطاله بل يجب عليه تسليمه، وإذا امتنع أجبره القاضي على ذلك.

وذلك مثل أموال الغنيمة بعد إحراز المسلمين لها مطلقاً عند الجمهور، وبعد وصولها دار الإسلام عند الحنفية، حيث الحق قد تأكّد واستقرّ بعد هذا الإحراز^(٣)، ومثل التحجير في أرض الموات^(٤).

وهذا الحق أقوى من سابقيه حيث يضمن عند الإنلاف وإنه يورث، وأنه مختص بصاحبها، وله الحق في المطالبة، قال القرافي: «إذا حيزت الغنيمة فقد انعقد للمجاهدين سبب المطالبة بالقسمة والملك، فهل

(١) حاشية ابن عابدين (٤/١٤١).

(٢) الموسوعة الفقهية (١٨/٤٢ – ٤٤).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤/١٤١).

(٤) يراجع: روضة الطالبين (٥/٢٨٦)، ومعنى المحتاج (٣/١٠٣)، والمغني لابن قدامة (٤/٣٠٦).

يعدون مالكين لذلك أم لا؟ قوله: فقيل: يملكون بالحوز والأخذ وهو مذهب الشافعي، وقيل: لا يملكون إلا بالقسمة وهو مذهب مالك وأبى حنيفة^(١).

والظاهر أنَّ الملكية في الجملة ثبت بإحراز الغنائم، وإنما الخلاف في الملكية الكاملة، قال القرافي: «إذا قلنا: انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك، فهو مناسب لأن يعد مالكًا من حيث الجملة تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب، فهذا يمكن أن يتخيَّل وقوعه قاعدة في الشريعة، ويجري فيها الخلاف في بعض فروعها، لا في كلها»^(٢).

وهذا الحق أقوى من السابق حيث يورث بالانفاق، ويضممن متلفه.

٤ - حق الملك، وبالأخص الملك التام، وهو أعلى الدرجات، وقد أشار بعض الفقهاء إلى بعض هذه الدرجات، وما يترتب عليها من آثار حيث قالوا: إنَّ ملكية الغانمين للغنية في غاية من الضعف^(٣)، والوهاء، ولذلك تسقط بمجرد الأعراض، ولا تجب عليهم الزكاة إذا لم يختاروا التملك.

التطبيقات المعاصرة لهذه الحقوق المعنوية

فيما سبق تبيَّن لنا بكل وضوح أنَّ الفقهاء المسلمين قد وسعوا في دائرة الحقوق والتصرُّفات فيها، وأنَّ العرف كان له دور كبير في القول بماليتها

(١) الفروق (٣/٢١ - ٣٥)، والموسوعة (١٨/٤٥). ويراجع: المغني لابن قدامة

(٤/٨) حيث يتفق رأي الحنابلة مع الشافعية في التملك بالإحراز.

(٢) الفروق (٣/٢١). ويراجع: حاشية الدسوقي (٤/٣١٥)، ومغني المحتاج (٣/١٠٣).

(٣) يراجع: المثار في القراءات (٣/٢٣٩).

والتصرُّف فيها وفي أسباب اختلاف المتأخّرين مع المتقدّمين، إضافةً إلى أنَّ السياسة الشرعية جعلت لهذه الحقوق قيمة مالية، وذلك لأنَّ الأصل في الإسلام حرية التعاقد والتجارة، وأنَّ الإسلام يولي عنایته الكبرى بتحقيق مصالح الناس، ودرء المفاسد، وقد تعارف الناس على ذلك وأصبحت مصالحهم في اعتبار هذه الحقوق أموالاً، بالإضافة إلى أنَّ المبادئ العامة والقواعد الشرعية الكلية، وسد الذرائع، وغير ذلك تدل على رعاية هذه الحقوق المستحدثة^(١).

والآن نذكر بالتفصيل تلك الأنواع الأربعة للحقوق المعنوية التي أشرنا إليها في بداية هذا البحث حيث نبيَّن ماهيتها، وهل هي أموال تجري فيها التصرُّفات المشروعة؟ ومدى اعتبارها من الأموال التي تتوافر فيها شروط الزكاة؟

١ - الاسم التجاري أو العلامة التجارية (Trade Mark) :

الاسم التجاري: هو اللقب المخصص لمحل تجاري اكتسب شهرة بهذا اللقب، وقد عرف نظام المعاملات التجارية السعودية في مادته الأولى العلامة التجارية: بأنها «تعتبر علامة تجارية في تطبيق أحكام هذا النظام الأسماء المُتَّخِذَة شكلاً ممِيزاً، والإِمْضَاءَات، والكلمات والحراف، والأرقام، والرسوم، والرموز والأختام، والنقوش البارزة، وأية إشارة أخرى، أو أي مجموع منها تكون صالحة لتمييز منتجات صناعية، أو تجارية، أو حرفية، أو زراعية..».

والتحقيق أنَّ الاسم التجاري لا يعني مجرد إطلاق الاسم، بل إنَّ

(١) الموافقات للشاطبي (٤/١٩٦)، ود. فتحي الدريري: بحثه عن حق الابتكار، المطبوع ضمن بحوث مقارنة، ط مؤسسة الرسالة ١٩٩٤ (٢/٨).

صاحبه قد بذل جهوداً ذهنية، وأموالاً، وأوقاتاً، واستعان بخبراء ليساعدوه في تحقيق المواصفات الجديدة لسلعته، ودفع سالغ للدعاية والإعلام حتى يبني اسمًا مشهورًا له سمعة طيبة بين التجار.

على ضوء ذلك، فالاسم التجاري وإن كان في ظاهره أمراً معنوياً لكنه في حقيقته له واقع ملموس، وقيمة ذاتية مستقلة عن السلع التي تمثلها، وهو منفعة يستفيد منها التاجر، والمعاملون معه، والعبرة في المالية بالمنفعة حيث يقول العز بن عبد السلام: «إنَّ المَنَافِعَ هِيَ الْمَقْصُودُ الْأَظَهَرُ مِنْ جُمِيعِ الْأَمْوَالِ»^(١).

ولما أردت هنا أن نخوض في تفاصيل ذلك؛ لأنَّ مجمع الفقه في دورته الخامسة بالكويت عام ١٤٠٩هـ، قد أقرَّ بمالية الاسم التجاري وأوجب حمايته حيث نصَّ على:

«أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع، أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمويل الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها».

ثانياً: يجوز التصرُّف في الاسم التجاري، أو العنوان التجاري، أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتديس والغش، باعتبار أنَّ ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع، أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرُّف فيه، ولا يجوز الاعتداء عليها».

(١) قواعد الأحكام (١٧/٢). ويراجع: د. عجيل النشمي في بحثه السابق (٢٣٤٣/٣) – (٢٣٤٥).

فعلى ضوء ما سبق ثبت أنَّ الاسم التجاري حق مصون، ومنفعة متحققة، ومال متمول يجوز التصرف فيه بالبيع ونحوه.

ولكنه مع ذلك هل تجب فيه الزكاة؟

للاجابة عن ذلك نقول: إنَّ المسألة تتحمل قولين على ضوء قواعد الفقه الإسلامي في باب الزكاة:

القول الأول: عدم وجوب الزكاة فيه، وذلك لأنَّ الاسم التجاري وإن اعتبر مالاً ولكنه ليس مالاً نامياً، والزكاة لا تجب في كل مال وإنما تجب في المال النامي بشرطه المعروفة، فهو لا يعدو كونه مثل المحل التجاري نفسه بل هو جزء منه ومن مكوناته.

وعلى ضوء ذلك فلا تجب الزكاة فيه إلَّا إذا بيع الاسم التجاري بمبلغ معين، وحينئذ تجب فيه الزكاة إذا بلغ النصاب، ولا يشترط حوالان الحول في مثل هذه الأمور لأنها بمثابة المال المستفاد عند من يقول بذلك، وعلى قول من يشترط حوالان الحول يضاف إلى بقية الأموال ويزكي عند حولها^(١).
ويدل على عدم وجوب الزكاة فيه من حيث المبدأ أنَّ النماء الذي اشترطه الفقهاء هو الزيادة، وهو نوعان:

نماء حقيقي عن طريق: التوالد والتناسل والتجارات ونحوها.

ونماء تقديرى، أو حكى بحيث يكون المال قابلاً للزيادة مثل النقود^(٢)، يقول الكاسانى: «ومنها — أي من الشروط — : كون المال نامياً؛ لأنَّ معنى الزكاة وهو النماء لا يحصل إلَّا من المال النامي، ولستنا نعني به

(١) يراجع لمزيد من التفصيل: فقه الزكاة لشيخنا القرضاوى، ط الرسالة (١/٤٨٧) — (١/٥٢٠)، حيث أطال فيه النفس.

(٢) فقه الزكاة لشيخنا القرضاوى، ط الرسالة (١/١٣٩ — ١٤٠).

حقيقة النماء؛ لأنَّ ذلك غير معتبر، وإنما يعني به كون المال معدًّا لاستئناء بالتجارة أو بالإسمة، لأنَّ الإسمة سبب لحصول الدر والنسل والسمن، والتجارة سبب لحصول الربح، فيقام السبب مقام المسبب، وتعلق الحكم به كالسفر مع المشقة . . .^(١).

والنماء هي العلة والسبب في إيجاب الزكاة، فكل الأموال التي تجب فيها الزكاة نامية بالفعل كالأنعام، حيث إنها تسمن وتلد وتدر لينا، ونماءها نماء طبيعي لما فيه من زيادة الثروة الحيوانية، وكعرض التجارة حيث إنها مال نام بالفعل؛ لأنَّ الشأن فيها أن تدر ربحاً، وكالنقود حيث هي معدَّة للنماء، وأما الزروع والثمار فهي نفسها نماء وهكذا . . . ولذلك لا تجب الزكاة في كل ما لا يعد للنماء كدور السكنى والآلات الصناعية، وأثاث المنازل وما يسمى في عصرنا الحاضر بالأصول الثابتة، أو ما سماه الفقهاء بعروض التقنية ونحوها.

فالاسم التجاري في حقيقته ليس معدًّا للنماء إلَّا إذا كان لدى الناجر الذي يتاجر فيه، فحينئذ يقوم كل ما لديه من الأسماء التجارية بقيمتها السوقية ويدفع عنها الزكاة، وفيما عد ذلك فلا تجب فيه الزكاة إلَّا عند بيعه — كما سبق — كما أنَّ العرف جار في الوقت الحاضر على أنَّ قيمة الاسم التجاري لا تدخل في القيم، ولا في ميزانية الشركات.

والخلاصة: أنَّ الاسم التجاري لا تجب فيه الزكاة إلَّا في حالتين:

الحالة الأولى: عند بيع الاسم التجاري حيث تجب الزكاة في قيمته .

الحالة الثانية: أن يكون الاسم التجاري نفسه من عروض التجارة، بأن

(١) بداع الصنائع (٢/٨٢٨).

يكون لدى التاجر المختص ببيعه، وحينئذ تجب عليه الزكاة في قيمتها حسب سعر السوق.

وهذا التوجّه هو الذي أراه راجحًا لما سبق، والله أعلم.

القول الثاني: وجوب الزكاة في الاسم التجاري مطلقاً دون النظر إلى أي اعتبار آخر، وذلك بأن يقوم صاحبه بتقدير قيمته لدى أهل الخبرة فيدفع الزكاة عنها سنويًا.

وحيئذ يجب أن تتحسب قيمة الاسم التجاري مع أموال الشركة وتدفع عنها الزكاة، وذلك بناء على أنه مال، والنصوص الشرعية العامة في الكتاب والسنّة تدل على وجوب الزكاة في المال مثل قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ لِلسَّائِلِ وَالْمُحْرُومِ﴾^(١).

والجواب عن ذلك أنَّ الأدلة المعتبرة قد دلت على تخصيص مثل هذه العموميات بأن يكون المال ناميًّا وعلى اشتراط شروط أخرى، لذلك أرى أنَّ هذا التوجّه ضعيف لا تنہض أدله على إثباته. والله أعلم.

هذا وقد صدرت فتوى من الندوة الخامسة لقضايا الزكاة المعاصرة المنعقدة في ١٨ - ٢٠ ذي القعدة تنص على أنَّ:

«الحقوق المعنوية الممتلكة للمشروع إذا أثمرت غلته تعامل معاملة النوع الثاني في وجوب الزكاة»، والنوع الثاني هو: «الموجودات المادية التي تدر غلة للمشروع مثل آلات الصناعة والبيوت المؤجرة، وهذا النوع لا تجب الزكاة في أصله، وإنما تجب في صافي غلته بنسبة ٥٪ بعد مرور حول من بداية النتاج، وضم ذلك إلى سائر أموال المزكي».

وهذه الفتوى تتفق مع الرأي الأول الذي رجّحناه، حيث اعتبرت

(١) سورة المعارج: الآية ٢٤.

الحقوق المعنوية – ومنها الاسم التجاري – من الموجودات المادية التي لا تجب الزكاة في أصلها، وإنما تجب في غلتها إن تحققت.

ومن جانب آخر إنَّ قيمة الاسم التجاري وأهميتها ومنافعها تعود على الشركة في رفع قيمة أسهمها، وزيادة مبيعاتها، وإقبال الناس عليها، وكل ذلك ملاحظ في ميزانية الشركة بحيث إذا أثمرت منفعة مادية، فإن ذلك محسوب في زكائها، ولذلك لا حاجة إلى احتساب الاسم التجاري وحده، هذا بخصوص مالكي الاسم، والمساهمين فيه، أما التاجر الذي يتاجر في أسهم شركة ذات اسم تجاري معروف فإنَّ قيمة الاسم التجاري تدخل في قيمة أسهمها السوقية، ويدفع الزكاة بحسبها وهذا متفق أيضاً مع فتوى المؤتمر الأول للزكاة الذي انعقد في دولة الكويت عام ١٤٠٤هـ، والفتاوی الصادرة بخصوص الأسهم من المجامع والندوات الفقهية، هذا والله أعلم.

٢ – الترخيص التجاري (License):

يقصد بالترخيص التجاري أن تسمح الحكومة لشخص (طبيعي أو اعتباري) باستيراد بضائع، أو منتجات زراعية، أو صناعية من الخارج، أو تصدير منتجات وطنية إلى الخارج، وبعبارة أخرى: «إذن تمنحه جهة مختصة بإصداره لفرد، أو جماعة للاستفادة بمقتضاه»^(١).

وعلى الرغم من أنَّ الأصل في الشريعة الإسلامية حرية التجارة المشروعة، وعدم تقديرها إلَّا لضرورة، أو حاجة تقتضيها السياسة الشرعية، لكن الواقع اليوم هو أنَّ معظم البلاد لا تسمح للاستيراد والتصدير مطلقاً، أو لبعض السلع إلَّا بإذن خاص من الدولة يتطلب جهداً، ويتكلف مالاً

(١) د. حسن عبد الله الأمين: بيع الاسم التجاري والترخيص، بحث ضمن بحوث مجلة المجتمع (٣/٢٥٠٧).

ووقتاً، ولكنه عند حصول الشخص على هذه الرخصة فإنه تمنح له صفة قانونية وتحقق له تسهيلات توفرها له الحكومة، وبذلك تكون لها قيمة مالية في عرف التجار^(١).

وهذا الترخيص الخاص بالاستيراد والتصدير هو المقصود عند إطلاق الترخيص التجاري، ومع ذلك فإن هناك نوعاً آخر للترخيص يكتسب أيضاً قيمة مالية، وهو الترخيص لإقامة مصنع، أو منشأة صناعية، أو زراعية، حيث إنه يعتبر ذات قيمة في البلاد التي لا يمكن الحصول على مثل هذا الترخيص إلا ببذل جهد ومال، وشروط ومواصفات قد لا تتحقق بسهولة، وبذلك يصبح هذا النوع مثل النوع الأول، ولكن بعض الباحثين يعتبرون أن هذا النوع الأخير لا يدخل في موضوعنا هذا، إذ لا يجري بيعه مباشرة في المعتاد ما لم يتم الشروع في المشروع، وحيثئذ إذا بيع فإن البيع يقع على عين المنشأة^(٢).

والتحقيق: أن هذا النوع أيضاً يمكن بيعه وحده بين التجار، إذ أن الحصول عليه ليس سهلاً، بل يحتاج إلى جهد ومال، وهو مثل النوع الأول بل هذا يدخل في حقوق الامتياز.

التصريف في الترخيص التجاري

لا يخلو الأمر هنا من أحد الاحتمالين:

الاحتمال الأول: أن تمنع الجهة المانحة التصرف في الترخيص التجاري باليبيع ونحوه، وذلك بحكم القانون، أو القرار الصادر بالمنع، وحيثئذ لا يجوز بيعه والتصريف فيه للغير، إذ أن ذلك يؤدي إلى مخالفة

(١) الشيخ تقى العثمانى: بحثه السابق (٢٣٨٥/٣).

(٢) د. الأمين: بحثه السابق (٢٥٠٧/٣).

الشرط الذي تمَّ الاتفاق عليه، وإلى الغش والخداعة إذا استعمل اسم البائع بعد البيع، وذلك للأدلة المعتبرة الدالة على حرمة مخالفة الوعود والعقود، وعلى حرمة الغش والتلبيس.

الاحتمال الثاني: عدم وجود مانع قانوني في ذلك، وحيثئذ يجوز بيعه ما دام له قيمة مالية، فهو اختصاص يصاحب مانع عن الغير، والاختصاص هو جوهر الملكية، كما أنه حق جرى التعامل فيه حسب العرف، ومنفعة، وباختصار تتوافر فيه عناصر المالية وخصائص الملكية فيجوز التصرف فيه^(١).

زَكَةُ التَّرْخِيصِ التَّجَارِيِّ

حسبما ذكرنا أنَّ التَّرْخِيصَ التَّجَارِيَّ حَقٌّ لِهِ قِيمَةٌ مَالِيَّةٌ حَسْبَ الْعَرْفِ يَخْتَصُّ بِصَاحْبِهِ، وَبِذَلِكَ يُعْتَبَرُ مَالًا يَجُوزُ فِيهِ التَّصْرِيفُ، وَقَدْ دَلَّ قَرْرَارُ مَجْمَعِ الْفَقَهِ الإِسْلَامِيِّ السَّابِقِ عَلَى اعْتِبَارِ الْاسْمِ التَّجَارِيِّ وَنَحْوُهُ مِنَ الْحَقُوقِ الْخَاصَّةِ لِأَصْحَابِهَا، الَّتِي أَصْبَحَّ لَهَا فِي الْعَرْفِ الْمُعَاصِرِ قِيمَةً مَالِيَّةً مَعْتَبَرَةً لِتَمْوِيلِ النَّاسِ لَهَا، وَأَنَّ هَذِهِ الْحَقُوقَ يَعْتَدُ بِهَا شُرُعًا فَلَا يَجُوزُ الْاعْتِدَاءُ عَلَيْهَا... إِلْخ. وَبِذَلِكَ أَصْبَحَ التَّرْخِيصُ مَالًا، وَلَكِنْ هَلْ تَجُبُ فِيهِ الزَّكَاةُ؟

الَّذِي يَظْهُرُ لِي رَجُحَانِهُ هُوَ أَنَّهُ مُثُلُ حَقِّ الْخُلُوِّ، لَا تَجُبُ فِيهِ الزَّكَاةُ إِلَّا عَنْ بَيْعِهِ، وَحِينَئِذٍ يُعَالَمُ مِعْالَمَةُ الْمَالِ الْمُسْتَفَادُ فِي الْحَاجَةِ إِلَى حَوْلَانِ الْحَوْلِ عَلَيْهِ، أَوْ دَعْمِ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ – كَمَا سَبَقَ – وَكَذَلِكَ لَوْ وَجَدَ تَاجِرُ التَّرْخِيصِ التَّجَارِيِّ فَإِنَّ مَا عَنْدَهُ مِنَ التَّرْخِيصِ تَقْوِيمُهُ عَنْدَ حَوْلَانِ الْحَوْلِ بِقِيمَتِهِ السُّوقِيَّةِ وَتَدْفُعُ الزَّكَاةُ عَنْهَا بِنَسْبَةِ ٥٪.

(١) أ. د. وَهْبَةُ الزَّحِيلِيُّ: بَيْعُ الْاسْمِ التَّجَارِيِّ وَالْتَّرْخِيصِ، المُنْشَوَرُ فِي مَجْلَةِ مَجْمَعِ الْفَقَهِ التَّابِعِ لِمَنْظَمَةِ الْمَؤْتَمِرِ الإِسْلَامِيِّ، الدُّورَةُ الْخَامِسَةُ (٢٣٩٣/٣)، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الْعُثْمَانِيُّ (٢٣٨٥/٣).

ويدل على عدم وجوب الزكاة (إلا في الحالتين السابقتين) أنَّ حق الترخيص ليس مالاً ناماً، ومن الشروط الأساسية لوجوب الزكاة في المال كونه ناماً — كما سبق — ومن جانب آخر فإنَّ هذا الحق مثل حق الخلو في الحوانين والدور أو حق التنازل بعوض عن بعض الوظائف الذي تحدث عنها الفقهاء، ومع ذلك لم يذكر أحدهم أنَّ فيها زكاة، فيقاس عليهما حق الترخيص التجاري.

وأيضاً أنَّ مالية الترخيص التجاري أقربُها العرف وهو يمكن أن يتغير، فهي ليست مثل الأعيان النامية والتقويد التي تجب فيها الزكاة مباشرة، ثم إنَّ الترخيص مهما حاولنا إعطاءه قيمة مالية، لا يعدو كونه منفعة، والمنافع إنما تجب فيها الزكاة إذا تحققت فعلاً، وقبضت حقيقة أو حكماً، فمثلاً لو أنَّ شخصاً كانت لديه دور معدة للإجارة، ولكنها لم تؤجر لأي سبب مشروع فلا تجب عليه الزكاة بمجرد كونه يملك منفعة، وهذا أولى.

٣ — الملكية الذهنية، والأدبية، والفنية (Intellectual

: (Property

وهذا الحق يشمل:

- ١ — المصنفات المكتوبة في أي علم من العلوم: المصنفات الأدبية والتاريخية، والجغرافية، والفلسفية والفقهية... إلخ.
- ٢ — المصنفات التي تُلقى شفوياً كالمحاضرات والخطب والمواعظ ونحوها.
- ٣ — المصنفات المسرحية ونحوها.
- ٤ — المصنفات السينمائية بكل أجزائها من حوار وسيناريو وتصوير.
- ٥ — الاختراعات والابتكارات.
- ٦ — الرسوم والفنون الخاصة بها.

٧ — الابتكارات في عالم الكمبيوتر والاتصالات، ومختلف العلوم والفنون.

ويشترط القانون أنَّ الحماية لهذه الحقوق تتطلب وجوب استيفاء الركن الشكلي المتمثل في إفراغه في صورة مادية يبرز بها إلى الوجود، واستيفاء الركن الموضوعي المتمثل في انطواهه على شيء من الابتكار، وليس بالضروري أن يكون الابتكار ذات قيمة جدية، وأنَّ الحكم في كون المصنف مبتكرًا أو لا يرجع إلى تقدير القضاء^(١).

ولم تكن القوانين القديمة تحمي هذا النوع من الحقوق، ولم تكن الحاجة ماسة إلى هذه الحماية إلاَّ بعد اختراع المطبعة، ومع ذلك لم يصدر فيها تشريع حقًّا طويلاً إلى أن جاءت الثورة الفرنسية حيث عنيت بإصدار تشريعات تحمي حق المؤلف حيث صدر أول قانون في هذا الشأن في ١٣ يناير ١٧٩١ م، لكنه اقتصر على حماية مؤلفي المسرحيات، ثم صدر قانون ١٩ يوليه عام ١٧٩٢ م، فمد الحماية إلى جميع المصنفات الأدبية والفنية، ويطيل مدة الحماية بعد موت المؤلف إلى عشر سنوات بعد أن كانت خمساً على ضوء القانون السابق، ثم أطيلت هذه المدة إلى عشرين سنة في ٥ فبراير سنة ١٨١٠ م، مع جعل أرملة المؤلف تتمتع بحقه طوال حياتها، ثم صدرت تشريعات أخرى إلى أن جمعت أحكام هذا الحق في قانون شامل صدر في ١١ مارس ١٩٥٧ م^(٢)، وقد تبعتها إنجلترا بحماية هذا الحق في عام ١٨١٠ م، ثم أمريكا عام ١٨٣١ م، بل صدرت في ذلك اتفاقيات دولية، وأنشئت الجمعية الأدبية والفنية في شهر ديسمبر عام ١٨٧٨ م في باريس التي

(١) المذكورة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف الصادر في القاهرة في ١٩٥٤/٦/٢٤.

(٢) انظر: الوسيط للسنهوري (٨/٢٨٣، . . .) ومصادره.

تمكّنت من عقد «معاهدة برن» في ١٨٨٦/٩/١٩ بين كثير من الدول لحماية حق المؤلف، وأنشيء اتحاد لتنفيذ ذلك، ومكتب دولي في سويسرا سُمي بـ«مكتب الاتحاد الدولي لحماية المؤلفات الأدبية والفنية»، ثم توالت المؤتمرات الدولية بعد ذلك لتوسيع نطاق هذه الحماية حتى نظمت منظمة اليونيسكو عقد اتفاق عالمي وقع عليه في جنيف في ١٩٥٢/٩/٦ م ينص على حماية حق المؤلف طوال حياته، وخمس وعشرين سنة بعد موته، وحماية ترجمته إلاّ بعد مضي سبع سنوات على نشره مع تعويض المؤلف تعويضاً عادلاً^(١).
وفي مصدّر صدر في ١٩٥٤/٦/٢٤ م قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤.

وقد ثار خلاف بين القانونيين في طبيعة الحقوق الذهنية، فذهب بعضهم إلى أنه ليس حق ملكية فقط، بل هو من أقدس حقوق الملكية، لأنها تتصل بالصنيع من نفسه، وشخصيته، ولذلك فهي أولى بالحماية من الملكية المادية، واستطاع هذا الفريق أن يقنع الكثيرين حتى خلعوا على هذا الحق صفة الملكية، فأصبحت التشريعات تتحدّث عن الملكية الأدبية مثل التشريع الفرنسي الصادر في ١١/٣/١٩٥٧ م الذي وصف هذا الحق بأنه: «حق ملكية معنوية مانع ونافذ بالنسبة إلى الناس كافة».

ورفض فريق آخر منهم وصف هذا الحق بالملكية على الرغم من اتفاقهم مع الفريق الأول في وجوب حمايته، وذلك لأنّ طبيعة الملكية تتنافى مع هذا الحق الفكري من ناحيتين:
الأولى: أنّ الفكر لصيق بالشخصية، بل هو جزء منها، حيث بإمكان صاحبه بعد أن يعيد النظر فيه فيغيره.

(١) يراجع: حق المؤلف العربي للأستاذ مصطفى عبد الرحمن (ص ١١١ - ١١٢)، والوسيط (٢٨٤/٨).

الثانية: أنَّ الفكر ليس إلَّا حلقات في سلسلة تسبقها حلقات وتتبعها حلقات، فهو ليس محفزاً لاصحابه قطعاً، بل اشتراك معه – شاء أم أبي – من سبقه، كما أنه لا يكون مؤيداً بل هو مؤقت، فالملكية حق استئثار مؤبد، في حين أنَّ حق المؤلف أو المخترع حق استغلال مؤقت، لذلك لا تتوافر فيه صفة الملكية^(١).

ولم يكن هذا الحق في العصور الإسلامية السابقة ينظر إليه نظرة مادية. ولم يكتسب قيمة مالية تباع، أو تشتري، أو حتى يتنازل عنها بعوض، وذلك لزهد العلماء المسلمين عن ذلك، واكتفائهم بالثواب عند الله تعالى ورغبتهم في نشر علومهم بين الناس، ولكنه مع ذلك استقر الأمر في هذه العصور أيضاً على احترام نسبة الكتب إلى أصحابها، وحرمة الاتحاح وإسناد القول إلى غير قائله، والتعدى عليه، والنصب والاحتيال والغش والتدعى^(٢)، ونحو ذلك، فقد ذكر الإمام الغزالى أنَّ الإمام أحمد سئل عمن سقطت، منه ورقة كتب فيها أحاديث، أو نحوها، أيجوز لمن وجدها أن يكتب منها ثم يردها؟ فقال: لا، بل يستأذن، ثم يكتب^(٣).

وهذا النص وغيره يدل بوضوح على اختصاص المؤلف بالمؤلف، ونسبة إليه، ولكن لم يكن العرف جارياً باعتباره قيمة مالية تباع وتشترى، في حين أنَّ القيمة المالية تكمن في عملية الكتابة على أيدي النسَّاخ الذين كانوا يبذلون جهوداً شاقة في النسخ والكتابة، ولذلك كانوا يبيعون النسخ بأثمان باهظة، فالنظرية المادية كانت تتجه إلى قيمة الورق، والجبر، والجهد

(١) الوسيط (٢٧٩/٨ - ٢٨٠).

(٢) يراجع: د. محمد سعيد رمضان البوطي: حق الإبداع العلمي وحق الاسم التجارى، المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢٤٠٨/٣).

(٣) إحياء علوم الدين، ط مصطفى محمد (٩٦/١).

الذي يبذل الناسخ في الكتابة، حتى أنه في بعض الأحيان تبدو قيمة النسخ متساوية، أو أغلى من قيمة المضمون العلمي أو الفكري للكتاب.

وأما اليوم فقد اختلف الواقع والعرف، حيث إن المطبع تطبع الآلاف في وقت محدود، وأن قيمة النسخة الواحدة لا تزيد على الحبر والورق، وتكليف الآلة التي كلما كثرت النسخ قلت القيمة، وهكذا انعكس الأمر حيث أصبح للكتاب والفكر الذي يحمله، والاحتراكات، قيمة مالية يتنافس عليها الناشرون، فتغير العرف وأصبح يعده حقاً مالياً^(١).

وهنا يثور سؤال: كيف يفصل بين حق المؤلف والناشر الذي يطبع؟

نقول: أما بالنسبة لمشتري الكتاب فإنه يشتريه دون التفرقة بين حق المؤلف، وحق الناشر، فالعلاقة بين المشتري والناشر (البائع) علاقة التباع، وأما علاقة الناشر بالبائع فهي على أحد الأمور الثلاثة:

١ - أن يكون الناشر قد اشتري حق المؤلف بالكامل، أو لطبعه واحدة، أو لطبعات مختلفة، أو وبهه إيه، ففي هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة التباع أو التواهب، وأصبح الناشر هو صاحب الحق دون المؤلف الذي باع حقه، أو تنازل عنه.

٢ - أن يكون الناشر قد أخذ حق النشر من المؤلف الذي طبع الكتاب على حسابه، فحينئذ يكون الناشر وكيلًا عن المؤلف في النشر فقط، أو في النشر والطبع معًا حسب الاتفاق مقابل أجر محدود، أو نسبة من ثمن الكتاب، وتحديد الأجر بنسبة محددة جائزة عند بعض الفقهاء، ومنهم متأثرون بالحنفية.

٣ - أن يدخل الناشر مع المؤلف كشريك في أجر الطباعة: بحيث

(١) يراجع: د. البوطي: بحثه السابق (٣/٤٠٤).

يتحمّلان تكفلتها على السواء أو على الاختلاف على أن يكونا شريكين في الربح، أما على حسب ما دفعا من مال، أو غير ذلك حيث جوز الحنفية والحنابلة أن يكون نسبة الربح في شركة العنان مختلفة غير مقيدة بنسبة المال^(١).

وكذلك الأمر في بقية أنواع حق الملكية الذهنية كالابتكار والرسم، حيث إنها حقوق اكتسبت في الوقت الحاضر خصوصية ذات قيمة مالية، بل أنه قد يباع حق اختراع ما في مجال الصناعة أو العلوم والتكنولوجيا الحديثة أو الكمبيوتر بمئات الآلاف من الدولارات، ومن المعروف أنَّ التمويل أو المالية تابع للعرف^(٢).

وقد أقرَّ مجمع الفقه — كما سبق — أنَّ حقوق التأليف والاختراع، أو الابتكار مصونة شرعاً، ول أصحابها حق التصرُّف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.

زكاة حق الملكية الذهنية، أو الأدبية والفنية، مثل حق الابتكار وحق الرسام.

ولقد اتضح — فيما سبق — أنَّ هذه الحقوق قد اكتسبت قيمة مالية حسب عرفنا الحاضر، وأقرَّ ذلك مجمع الفقه الإسلامي — كما سبق — وحيثئذ يبقى السؤال: هل تجب فيها الزكاة؟

لإجابة عن ذلك نقول: إنَّ هذه الحقوق لا تتوافق فيها شروط وجوب الزكاة من النماء ونحوه؛ ولذلك لا تجب فيه الزكاة إلَّا عند بيعها وحيثئذ

(١) يرجع: بداع الصنائع (٧/٣٥٤٢)، والمغني لابن قدامة (٥/٣١).

(٢) يراجع في تفصيل ذلك: نشر العَرْف في بناء بعض الأحكام على العَرْف ضمن رسائل ابن عابدين، ط استنبول عام ١٣٢٠هـ (٢/١١٤ — وما بعدها).

تجب الزكاة في ثمنها فوراً، أو بعد حولان الحول عليه - على ضوء القولين في المال المستفاد، كما سبق - .

والأدلة التي سقناها في السابق تتطبق على هذه الحقوق أيضاً، والله أعلم.

* * *

الخلاصة :

بعد هذا الاستعراض للقديم والجديد في الحقوق المعنوية، ومحاولة التأصيل والتحليل نستطيع تلخيص ما ذكرنا فيما يأتي :

١ - الحقوق المعنوية بجميع أنواعها من اسم تجاري، وترخيص تجاري، وملكية ذهنية أو فنية (مثل حقوق التأليف والنشر والابتكار والرسم) اكتسبت قيمًا مالية معتبرة عرفاً يجوز التصرف فيها بحسب الضوابط الشرعية في باب المعاملات، وأنها مصنونة شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

٢ - الحقوق المعنوية لا تجب فيها الزكاة إلا إذا أدى تصرف فيها بالبيع ونحوه إلى تحديد ثمن لها، فحينئذ تجب الزكاة فيه فوراً ٢,٥٪ عند من يقول بوجوب الزكاة في المال المستفاد دون اشتراط حولان الحول، وعند من يشترط ذلك تضمن إلى باقي الأموال فيزكي الجميع بعد حولان الحول زكاة واحدة بنسبة ٢,٥٪.

٣ - وكذلك تقوم الحقوق المعنوية بقيمتها السوقية وتأدى زكاة عروض التجارة فيما لو قام أحد بالتجارة فيها.

هذا والله أعلم بالصواب، وهو المسؤول أن يجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم.

□ □ □

رفع

عن الرَّحْمَنِ الْجَنَّابِيِّ
الْكَلِمَاتُ الْمُرْكَبَاتُ
الفَهْرُسُ

الصفحة	الموضوع
٥	المقدمة
الزَّكَاةُ وَالضَّرِبَةُ	
٧	تمهيد
٨	* الضَّرِبَةُ لِغَةً وَاصْطِلَاحًا
١٢	أَسْسُ فَرْضِ الضَّرِبَةِ
١٣	الضَّرِبَةُ فِي السُّنْنَةِ
١٤	* تَعْرِيفُ الزَّكَاةِ لِغَةً وَاصْطِلَاحًا
١٦	الْفَرْقُ بَيْنَ الزَّكَاةِ وَالضَّرِبَةِ مِنْ حَدِيثِ التَّعْرِيفِ
١٧	* الْحِكْمَةُ مِنْ فَرْضِ الزَّكَاةِ وَمِنْ فَرْضِ الضَّرِبَةِ
٢٢	مَصْرُفُ الزَّكَاةِ وَمَصْرُفُ الضَّرِبَةِ
٢٣	* أَسْسُ فَرْضِ الزَّكَاةِ وَفَرْضِ الضَّرِبَةِ
٢٧	وعاء الزَّكَاةِ وَوعاءِ الضَّرِبَةِ
٢٨	النَّظَامُ الضَّرِبِيُّ فِي أَمْرِيْكَا
٢٩	وعاءِ ضَرِبَةِ الدِّخْلِ
٣١	وعاءِ الزَّكَاةِ
٣٣	مَبَادِئُ الْعَدْلِ فِي الزَّكَاةِ وَالضَّرِبَةِ
٣٧	النَّسْبِيَّةُ أَوْ التَّصَاعِدِيَّةُ بَيْنَ الزَّكَاةِ وَالضَّرِبَةِ
٣٨	لِتَهْرِبِ مِنَ الزَّكَاةِ وَالضَّرِبَةِ

الموضوع	الصفحة
هل يجوز للحاكم فرض الضريبة بجانب الزكاة؟	٤٢
— حكم الجزية، والخارج	٤٣
— اجتماع الزكاة والخارج	٤٥
— ضريبة العشير (العشر)	٤٦
— الضريبة على الركاز	٤٨
* فرائض مالية غير مشروعة سابقاً وحكمها	٤٩
* الشروط المطلوبة لفرض الضرائب	٥٧
هل تغنى الضريبة عن الزكاة	٥٨
* التعرّب من الضريبة	٥٩
 حديث: «لَا تَبْعِثْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» سُنْدَهُ وَفَقْهُهُ	
تمهيد	٦١
متن الحديث وسنته وطريقه	٦٢
ما قاله نقّاد الحديث	٦٦
معنى الحديث	٧١
المعنى المختار للحديث	٧٥
فقه الحديث	٧٩
أولاً — حول دلالة النهي فيه	٧٩
ثانياً — الأحكام المستفادة في الحديث	٨٢
— حكم بيع المعدوم	٨٣
— حكم السّلَم	٨٨
— حكم بيع الغرر	٩٢
— حكم بيع مال الغير بغير إذنه	٩٩
— حكم بيع مال مملوِّكٍ غير قادر على تسليمه	١٠٠
علاقة الحديث بالتعليق المعاصرة	١٠٠

١٠١	أولاً — المراقبة وحكمها
١٠٣	ثانياً — عقد الاستصناع وحكمه
١٠٥	ثالثاً — عقود البورصة وحكمها

عقد الاستصناع

بين الإتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز

١٠٩	تمهيد
١١٢	الاستصناع لغة واصطلاحاً
١١٦	أنواع الاستصناع
١٢٠	الاستصناع بين الاستقلال والإتباع
١٢٠	١ — هل هو سلَم؟
١٢٤	٢ — الاستصناع بيع
١٢٦	٣ — الاستصناع بيع وإجارة
١٢٨	٤ — الاستصناع إجارة محضة
١٢٨	٥ — الاستصناع مواعدة
١٢٩	٦ — الاستصناع له شبه بالسلَم والبيع
١٢٩	٧ — هل هو جمالة؟
١٣٠	٨ — الاستصناع عقد مستقل
١٣٠	المناقشة والترجح
١٣٧	هل يجوز إحداث عقد جديد؟
١٤٠	شروط الاستصناع الخاصة به
١٤٣	آثار عقد الاستصناع
١٤٦	عقد الاستصناع بين اللزوم والجواز
١٥٤	الشرط الجزائي في عقد الاستصناع
١٥٥	الظروف القاهرة
١٥٦	أهمية عقد الاستصناع في عصرنا الحاضر، وتطبيقاته المعاصرة

١٥٩	قرار مجمع الفقهاء في دورته السابعة حول الاستصناع
١٦١	نماذج من العقود المنظمة لعملية الاستصناع في البنوك الإسلامية

أحكام التصرف في الديون

(دراسة فقهية مقارنة)

١٩٥	تمهيد
١٩٦	التعريف بالدين لغة واصطلاحاً
٢٠٠	تقسيمات الدين باعتبار الزمن
٢٠٢	خطورة الدين وأثاره السلبية
٢٠٤	أسباب الديون وتفاقمها
٢٠٨	أحكام التصرف في الديون
٢٠٨	ـ بيع الدين إذا لم يكونا نسيئين
٢١١	ـ جعل الدين الحال رأس مال في السلم
٢١٢	ـ بيع الساقط بالواجب، وتمليك الدين لغير المدين
٢١٦	ـ الصلح عن دين بدين
٢١٧	ـ المقاصلة، والتصرف في دين السَّلَم
٢١٩	التصروفات في المسلم فيه (قبل القبض، أو بعد القبض)
٢٢٠	ـ الاعتياض عن المسلم فيه من المسلم نفسه عند حلول الأجل
٢٣٤	ـ بيع المسلم فيه لشخص آخر قبل القبض
٢٣٨	ـ التصرف في المسلم فيه بالتوالية والشركة والخطيئة، ونحوها
٢٤٨	ـ إذا انفسخ عقد المسلم باتفاقه، أو غيرها؟
٢٥١	صور من بيع الدين المعاصر، بناءً على ما أنسد إلى الشافعية
٢٥٧	خلاصة أحكام التصرف في الدين

التأمين على الحياة

والضوابط الشرعية لعقود التأمين على الحياة

٢٦١	تمهيد
-----	-------

* التعريف بالتأمين على الحياة ، والتأمين على الأشخاص	٢٦٤
— أركانه	٢٦٤
— طبيعته	٢٦٥
أنواع التأمين على الأشخاص	٢٦٨
— التأمين على الحياة والتأمين من الإصابات	٢٦٨
— التأمين من المرض	٢٦٩
إحالات التأمين على الحياة	٢٦٩
الأولى — التأمين لحالة الوفاة	٢٧٠
الثانية — التأمين لحالة البقاء	٢٧٢
الثالثة — التأمين المختلط	٢٧٢
الرابعة — التأمين الجماعي ، (التأمين على الموظفين)	٢٧٤
* حكم التأمين على الأشخاص	٢٧٦
* حكم التأمين على الحياة	٢٨٢
* البديل الشرعية للتأمين على الأشخاص (الحياة)	٢٨٧
— التأمين التعاوني	٢٨٧
— التعريف بالتأمين التعاوني وكيفيته	٢٩٣
— التطبيقات الإسلامية للتأمين التعاوني	٢٩٨
— البديل الشرعي للتأمين على الأشخاص (الحياة) وتحقيقه من خلال التأمين التعاوني العادي ، أو المضاربة الإسلامية والتبرع بالأرباح	٣٠٤
الخلاف في التمييز بين التمييز بين التأمين كفكرة ونظرية ، والتأمين من حديث تنظيمه في العقود الحالية	٣١١
* عقود التأمين وصياغتها	٣١٥
مبادئ التأمين الإسلامي وضوابطه وعناصره الأساسية	٣١٥
التطبيق العملي للتأمين على الحياة وعقوده ، والبدائل الشرعية المتاحة	٣٢٥
أساس عقود التأمين على الحياة	٣٢٦

أنواع عقود التأمين على الحياة (حماية الورثة – دفع العوز) ٣٣٦

**أحاديث النهي عن صفتين في صفقة واحدة
سندها ومتناها وفقيها
(دراسة تحليلية)**

٣٤٣	مقدمة
٣٤٤	ألفاظ الأحاديث وتخريرها
٣٥١	درجة هذه الأحاديث من حديث القوة والضعف
٣٥٧	معنى الأحاديث
٣٥٧	– معنى النهي عن الصفتين في صفقة
٣٦١	– معنى النهي عن بيعتين في بيع
٣٦٧	– معنى النهي عن شرطين في بيع
٣٦٨	– معنى النهي عن بيع وسلف
٣٦٩	المعنى الراجح
٣٧٠	فقه الأحاديث والأحكام المستفادة
٣٧٦	تفسير فقهاء المذاهب لهذه الأحاديث مع تطبيقاتها الفقهية
٣٨٤	البيع بالتقسيط ومدى علاقته بهذه الأحاديث
٣٨٦	الخلاصة والترجيح

**الحقوق المعنوية
وتطبيقاتها المعاصرة والتصريف فيها وزكاتها
(دراسة فقهية تأصيلية)**

٣٩٣	المقدمة
٣٩٤	التعریف بالحقوق المعنوية في اللغة
٣٩٨	التعریف بالحقوق المعنوية في الاصطلاح
٤٠٢	أنواع الحقوق المعنوية
٤٠٥	حقوق الانتفاع والتصرفات فيها

الموضوع	الصفحة
الاعتراض عنها عن طريق الصلح	٤١٠
حقوق الاختصاص والسبق	٤١١
حق البقاء بسبب العقد والتنازل عنه (الخلو، والاستمرار في الوظائف)	٤١٦
الحق في التملك والفرق بينه وبين حق الملك	٤٢٠
درجات أربع متدرجة في الحقوق المالية	٤٢٣
التطبيقات المعاصرة لهذه الحقوق المعنوية	٤٢٦
التصير في الترخيص التجاري	٤٣٣
زكاة الترخيص التجاري	٤٣٣
الفهرس	٤٤١

• • •

رَفْع
عَنْ الرَّحْمَنِ لِلْخَيْرِ
أَسْلَمْ لِلَّهِ لِلْفَرْوَانِ

بُحُوثٌ
في
الاقتصاد الإسلامي

تأليف

الدكتور علي محيي الدين علي القره داغي

أستاذ ورئيس قسم الفقه والأصول بجامعة التربية والقانون - جامعة قطر
وخبير الفقه والاقتصاد الإسلامي بجمعية الفقه الإسلامي - مجلس المدرسة - وجدة
وعضواً في مجلس إدارة مركز دراسات وبحوث الأسلامية - بيروت

دار النشر الإسلامية